

Die Neugestaltung des Entmündigungsrechts

**in materieller und formeller Hinsicht
unter Berücksichtigung der Regelungen der DDR,
Österreichs, der Schweiz und Frankreichs**

**INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg/Lahn**

**vorgelegt von
Otfried Sauer
aus Hofgeismar**

Marburg 1974

Die Neugestaltung des Entmündigungsrechts

**in materieller und formeller Hinsicht
unter Berücksichtigung der Regelungen der DDR,
Österreichs, der Schweiz und Frankreichs**

**INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg/Lahn**

**vorgelegt von
Otfried Sauer
aus Hofgeismar**

Marburg 1974

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften

angenommen am: 7. 11. 1974

Berichterstatter: Professor Dr. Peter Schlosser

Mitherichterstatter: Professor Dr. Max Vollkommer

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Dez. 1974



Meiner Mutter



I N H A L T

	<u>Seite</u>
Inhaltsverzeichnis	I - VII
Literaturverzeichnis	VIII - XXII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII - XXV
 1. <u>Kapitel</u>	
Einleitung	1
 1. <u>Hauptteil</u>	
Darstellung des geltenden Rechts und Kritik	5
 2. <u>Kapitel</u>	
Darstellung des geltenden materiellen Rechts	5
I. Entmündigung - § 6 BGB	5
A. Geisteskrankheit und Geistesschwäche - § 6 I Ziffer 1 BGB	5
1. Historisches	5
2. Begriff	6
a) medizinisch-psychiatrisch	6
b) juristisch	7
3. Objektives Tatbestandsmoment	9
B. Verschwendung - § 6 I Ziffer 2 BGB	10
1. Historisches	10
2. Begriff	11
C. Trunksucht - § 6 I Ziff. 3	12
1. Historisches	12
2. Begriff	13
D. Rechtsfolgen	13
1. bei Abschluß von Rechtsgeschäften	13
2. in personensorgerechtlichen Angelegenheiten	14
3. auf privat- und öffentlich-rechtlichem Gebiet	15

	<u>Seite</u>
E. Schutzwirkungen	15
1. Schutzwirkungen im Innenverhältnis	15
2. Schutzwirkungen im Außenverhältnis	17
F. Ermessensentscheidung	18
G. Aufhebung - § 6 II BGB	18
II. Vorläufige Vormundschaft - § 1906 BGB	18
1. Vorläufige Vormundschaft als Betreuungsmaßnahme	18
2. Vorläufige Vormundschaft als Ersatz- form	19
III. Pflegschaft - § 1910 BGB	20
1. Pflegschaft als Betreuungsmaßnahme	20
2. Gebrechlichkeitspflegschaft als Ersatzform	23
 3. <u>Kapitel</u>	
Darstellung des geltenden formellen Entmündi- gungsrechtes	24
I. Entmündigungsverfahren (EVR) - §§ 645 ff. ZPO	24
A. Historische Entwicklung	24
1. Historische Hintergründe	24
2. Entwicklung des EVR bis zur Ein- führung des BGB	25
3. Zusammenfassung	27
B. Statistische Häufigkeit	28

C. Das EVR im einzelnen	30
1. Allgemeine Darstellung	30
2. Stellung der Verfahrensbeteiligten	31
a) der zu Entmündigende im EBV	31
b) Stellung des privaten Antragstellers	33
c) Stellung der öffentlichen Antragsteller	34
3. Verfahrensmaximen im Beschlußverfahren	34
4. Rechtsstellung der Beteiligten im Beweisverfahren	36
a) des Antragstellers	36
b) des zu Entmündigenden	37
5. Entmündigungs-Anfechtungsprozeß - §§ 664 ff; §§ 684 ff. ZPO	39
6. Entmündigungsaufhebungsverfahren - §§ 675 ff., 685 ff. ZPO	40
7. Veröffentlichung	41
II. Vorläufige Vormundschaft- §§ 52, 57 I Ziff.2; 60 I Ziff. 5 FGG	42
4. <u>Kapitel</u>	
Kritik der formellen Regelung	44
I. Zuständigkeit des Gerichts - § 648 ZPO	45
II. Antragsrecht - § 646 ZPO	47
A. Antragsrecht und subjektiver Anspruch	47
B. Antragsdisposition und öffentliches Interesse	48
C. Antragsbindung und Untersuchungsmaxime	53
D. Zusammenfassung	57
III. Ärztliches Zeugnis - § 649 ZPO	58

IV. Rechtliches Gehör	61
V. Öffentlichkeit	64
VI. Vertretung	67
VII. Gutachten - § 654 ZPO	68
VIII. Wirksamwerden der Entmündigung - §§ 661, 683 ZPO	71
IX. Kosten und Armenrecht	77
A. Kosten	77
1. Kostentragungspflicht des Interdizenten	77
2. Kostentragungspflicht des Antragstellers	81
B. Armenrecht	81
1. Armenrecht des Antragstellers	82
2. Armenrecht für den Interdizenten	82
X. Öffentliche Bekanntmachung	84
5. <u>Kapitel</u>	
Kritik des materiellen Rechts	91
I. Ermessen	91
II. Geisteskrankheit und Geistesschwäche	93
A. Tatbestandliche Problematik	93
B. Rechtsfolgenproblematik	97
Rechtlich lediglich vorteilhafte Rechtsgeschäfte und Entmündigung	97

	<u>Seite</u>
III. Trunksucht	104
A. Tatbestandsproblematik	104
B. Andere Suchterkrankungen	107
C. Analogie	112
IV. Verhältnis von Entmündigung zu vorläufiger Vormundschaft und Pflegschaft	117
A. Verhältnis von E zu vorläufiger Vormundschaft	117
1. Verhältnis E zu v.V.	117
2. Vorläufige Vormundschaft als Ersatzform der E	118
B. Verhältnis von E zur Gebrechlichkeits-Pflegschaft	122
1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	122
2. Zwangspflegschaft	123
C. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs und geltende Betreuungsmöglichkeiten	128
V. Rechtsverkehr und Drittschutz	130
2. <u>Hauptteil</u>	
Rechtsvergleichende Darstellung	136
6. <u>Kapitel</u>	
Regelungen in der DDR und Österreich	137
I. D D R	137
A. Materielle Regelung	137
B. Formelle Regelung	138
II. Österreich	140
A. Materielle Regelung	140
B. Formelle Regelung	145

	<u>Seite</u>
7. <u>Kapitel</u>	
Regelungen in der Schweiz und Frankreich	154
I. Schweiz	154
A. Materielle Regelung	154
B. Formelle Regelung	162
II. Frankreich	171
A. Rechtszustand vor dem 3. Januar 1968	171
1. Materielle Regelung	171
2. Formelle Regelung	178
B. Rechtszustand nach Änderung des EVR	181
1. Materielle Regelung	181
a) Des majeurs en tutelle - Art. 492 ff. c. c.	181
b) Des majeurs en curatelle - Art. 508	184
c) Des majeurs sous le sauvegarde de justice, Art. 498 ff. c. c.	185
2. Formelle Regelung	186
3. <u>Hauptteil</u>	
Vorschläge für eine Neugestaltung	190
8. <u>Kapitel</u>	
Materielle Neugestaltungsvorschläge	190
I. Beibehaltung der geltenden E-Gründe	190
II. Geisteskrankheit und ihre Rechtsfolgen	193
A. Begriffliche Neugestaltung	193
B. Neugestaltung der Rechtsfolgen	195
III. Suchterkrankungen	198
IV. Ausländische Entmündigungsgründe	200
A. Lasterhafter Lebenswandel	201
B. Mißigang	203
C. Freiheitsstrafe als Entmündigungsgrund	206
D. Entmündigung auf eigenes Begehren	207

	<u>Seite</u>
V. E zum Zwecke der Verbrechensbekämpfung	211
VI. Stufenbau der Fürsorgemaßnahmen	215
VII. Veröffentlichung und Rechtsverkehr	221
9. <u>Kapitel</u>	
Formelle Neugestaltungsvorschläge	234
I. Verfahrenseinleitung	235
A. Privates Antragsrecht	235
B. Einleitung von Amts wegen?	236
C. Verfahrenseinleitung durch "Publikationsbehörden"	238
D. Alleiniges Antragsrecht einer Fürsorge- behörde, Anregungsrecht der Publikationsbehörden	245
E. Verfahrensgang im einzelnen	249
1. Ermittlungstätigkeit der Behörde	250
2. Das Verfahren vor dem (Fürsorge=) Vormundschaftsgericht	253
F. Systematische Stellung des GFV	264
10. Kapitel	
I. Materieller Gesetzesvorschlag	275
II. Formeller Gesetzesvorschlag	276

LITERATURVERZEICHNIS

- Aenderungen der Zivilprozeßordnung
Stenographische Berichte
Berlin 1898
- Archiv der Gegenwart
39. Jahrgang, Bonn - Wien -
Zürich 1969
- Arnold, Egon Gedanken zur Reform der Entmündi-
gung FamRZ 1971, 289 ff.
- Artzt, Werner Die Ausgliederung der FG und die
Errichtung des staatlichen Nota-
riats NJ 52, 527
- Aufseß, Eckhart, Das Verfahren in Entmündigungs-
Freiherr v. sachen nach dem Entwurf zur
Zivilprozeßordnung ZZP 58,
124 ff.
- Bärmann, Johannes Freiwillige Gerichtsbarkeit und
Notariat Berlin - Heidelberg -
New York 1968
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch 20. Auflage,
München 1972
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung mit Gerichtsver-
Albers-Hartmann fassungsgesetzen und anderen Ne-
bengesetzen 3. Auflage, München
1973 (zit. Baumbach-Lauterbach)
- Baur, Fritz Der Begriff der Rechtsprechung und
die freiwillige Gerichtsbarkeit
DNOTZ 1955, 507 ff.
Freiwillige Gerichtsbarkeit
1. Buch, Allgemeines Verfahrens-
recht, Tübingen 1955.
- Beitzke, Günther Familienrecht 16. Auflage, Mün-
chen 1972
- Bericht der Kommission zur Vorbereitung
einer Reform der Zivilgerichts-
barkeit, Bonn 1961
- Bernhöfft Bedarf es gesetzl. Vorschriften
darüber, unter welcher Voraus-
setzung ein Geisteskranker vor
der Entmündigung in eine Anstalt
gebracht, und ein Geisteskranker
gegen seinen Willen dort festge-
halten werden darf?
25. DJT, (1900) II, 216.

- Bernstein Rechtsgeschäfte unerkannt
Geisteskranker JW 1914, 1014.
- Bettermann, Karl August Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich Lent, Berlin/München 1957, S. 17 f.
- Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 361 ff.
- Beyer Das Entmündigungsverfahren als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit DFG 1936, 64 ff.; 179 ff.
- Binder Die Geisteskrankheit im Recht, Zürich 1952
- Birchmeier, W. Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950
- Birkmeyer Das Offizialverfahren im Zivilprozeß ZZP. 7, 155 ff.
- Bleuler, Egon Lehrbuch der Psychiatrie 11. Auflage, umgearbeitet von Manfred Bleuler, Berlin - Heidelberg - New York 1969
- Bockelmann, Paul Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968
- Böckli, Hans-Rudolf Gesetzliche Grundlehre rechtspolitischer und gesetzgeberischer Probleme der Sterilisation von Geisteskranken insbesondere nach schweizerischem Recht, Winterthur 1954
- Böhlau, Hugo Heinrich Albert Mecklenburgisches Landrecht 2. Band, 1. u. 2. Abh., Weimar 1872
- Boschan, Siegfried Der Vormundschaftsrichter und seine Abteilung, 3. Auflage, Berlin - Leipzig - Wien 1943
- Bovensiepen Lücken im Entmündigungsverfahren DJZ 1929, Sp. 303 ff.
- Boxberger, v. Pflegschaft wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ZBl FG 10, 269 ff.

- Boxberger, v. Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, ZBl FG 10, 217 ff.
- Braegger, Leo Die Wirkungen der kombinierten Bereitschaft Artikel 395, Absatz 1 u. 2 ZGB ZVW 5, 46 ff.
- Brand-Hensel Die Vormundschafts-, Familienrechts- und Fürsorgeerziehungssachen in der gerichtlichen Praxis, 2. Auflage Berlin - Göttingen - Heidelberg 1963
- Brandt, Hans Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit, Stuttgart 1936
- Brettner Die vorläufige Vormundschaft Gruchots Beitr. 44, 696 ff.
- Bruns, Rudolf Zivilprozeßrecht Eine systematische Darstellung Berlin - Frankfurt/Main 1968
- Bumke, Oswald Lehrbuch der Geisteskrankheiten 3. Auflage, München 1929
- Psychiatrische Wünsche zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zur Zivilprozeßordnung ZAKDR 1935, 167 ff.
- Bunsen, Friedrich Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts Berlin 1900
- Die Parteien im Civilprozeß ZZP 26, 197
- Canaris, Klaus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Carbonnier, Jean C. Droit Civil, Band 1, Paris 1955
- Cohn, Theodor Die praktische Anwendung der vorläufigen Vormundschaft, AcP 124, S. 361 ff.
- Gewährt das Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche genügenden Schutz gegen Entmündigung? JW 1925, 316
- Colin-Capitant Traité de Droit Civil Français, Band 1 1957, Band 2 1959.
- Dalloz Code de Procédure Civile 65. Edition (Auflage) Paris 1968 und 1969

- Dalloz
Répertoire de droit Civil
Misé a Jour 1969
Paris 1969
Code Civil
Annoté d'Après la Doctrine et
la Jurisprudence
65. Auflage (65. Edition)
Paris 1966
- Danz
Sind alle Rechtsgeschäfte eines
Geisteskranken nichtig?
JW 13, 1016
- Daude, P.
Das Entmündigungsverfahren gegen
Geisteskranke und Geistes-
schwache, Verschwender und Trunk-
süchtige nach der Reichs-
Civilprozeßordnung und dem
Bürgerlichen Gesetzbuch für das
Deutsche Reich
2. Auflage, Berlin 1899
- Dernburg, Heinrich
Das Vormundschaftsrecht der
preußischen Monarchie
3. Auflage, Bearb.: Schultzen-
stein, Berlin-Leipzig 1886
Die allgemeinen Lehren des bür-
gerlichen Rechts des Deutschen
Reichs und Preußens, 1. Band,
2. Auflage, Halle 1902
- Diamand, Werner
Vorläufige Vormundschaft und
Gebrechlichkeitspflegschaft als
Ersatzformen der Entmündigung
Tübingen 1931
- Dölle, Hans
Familienrecht, Band II,
Karlsruhe 1965
Absurdes Recht?
Festschrift für Nipperdey,
Band 1, Berlin - München 1965
- Dubitscher, Fred
Das Suchtkrankenproblem aus ärzt-
licher Sicht, NJW 1964, 434
- Dunz, Walter
Grundrecht und Bevormundung
JZ 60, 475
- Egger, A.
Kommentar zum schweizerischen
Zivilgesetzbuch, 2. Band, Das
Familienrecht, 3. Abteilung:
Die Vormundschaft, Art. 360 -
456, 2. Auflage, Zürich 1948

- Ehrenzweig, Armin System des Österreichischen
Allgemeinen Privatrechts
1. Band, 1. Hälfte, 6. Auflage,
Wien 1925
2. Band, 2. Hälfte, Wien 1924
- Eißer, Georg Die Entmündigungsgründe nach
Deutschem Recht, AcP 146, 218
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse
15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 14. Auflage, Tübingen
1952
- Europa-Archiv Zeitschrift für internationale
Politik, herausgegeben von
Wilhelm Cornides. 21. Jahrgang:
1966, 3. Band: Zeittafel
- Familienrecht DDR Das Familienrecht der DDR
Kommentar zum FGB der DDR v.
20. 12. 1965, Berlin 1970
- Fasching, Hans Kommentar zu den Zivilprozeß-
gesetzen. 1. Band - Jurisdiktions-
norm, Wien 1959
- Ferid, Murad Das französische Zivilrecht
1. Band: Allg. Lehren
Recht der Schuldverhältnisse
Frankfurt - Berlin 1971
2. Band: Sachenrecht, Familien-
recht, Erbrecht, Reg.
- Foerster-Kann Die Zivilprozeßordnung für das
Deutsche Reich
3. Auflage, 2. Band, Berlin 1926
- Fraeb, Martin Die rechtspolitische Bedeutung
der Rauschmittelbekämpfung
JW 1934, 2755
- Frese Der Querulant und seine Entmündigung
ZBlFG 11, 71
- Friedlaender, Adolf Das Entmündigungsverfahren
AcP 86, 437 und AcP 89, 197
- Fuchs Rechtsgeschäfte unerkennbar
Geisterkrankter JW 1914, 1011
- Fuld, Ludwig Empfiehlt es sich und evtl. unter
welchen Voraussetzungen, eine
Bestimmung darüber, daß eine Per-
son wegen Trunksucht entmündigt
werden kann, in das Bürgerliche
Gesetzbuch aufzunehmen? 2. Band,
19. DJT, Seite 85

- Gaupp, L. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich
2. Auflage, Normen des Preußischen Landrechts, bearbeitet von Reitzenstein, Freiburg-Leipzig 1896
- Gebauer, Gerhard Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen
AcP 153, 332 ff.
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts,
2. Auflage, München 1971
- Gerstberger Der Schutz gutgläubiger Dritter im Rechtsverkehr mit nicht entmündigten Geisteskranken
Gruchots Beitr. 71, 1 ff.
- Gerster, Michael Die Zivilrechtspflege in Frankreich seit der Justizreform vom 22. Dezember 1958
ZZP 78, 225
- Gmür, Rudolf Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bern 1965
- Göppinger Einige Fragen aus dem Bereich des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Die Justiz 1967, 124 ff.
- Görg-Müller Finanzgerichtsordnung, Neuwied-Berlin 1966
- Grunsky, Wolfgang Grundlagen des Verfahrensrechts
Bielefeld 1970
- Gschnitzer, Franz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Wien 1966
- Guldner, Max Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz,
Zürich 1954
Schweizer Zivilprozeßrecht,
2. Auflage, Zürich 1958
- Habscheid, Walther Freiwillige Gerichtsbarkeit
Ein Studienbuch, 5. Auflage, München 1971
- Hahn, C. Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung
2. Band, 1. u. 2. Abt., Berlin 1880
Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz,
Berlin 1879.

- Hahn, C. Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, 4. Band, Berlin 1881
- Hahn-Mugdan Materialien zum Gesetz betr. Änderungen der Civilprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung, 8. Band, Berlin 1898
- Hamann, Andreas Rechtliches Gehör Anw.-Bl. 58, 141
- Hamann-Lenz Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Auflage, Neuwied-Berlin 1970
- Hardeland, Adolf Die Behandlung der Geisteskrankheiten im Privatrecht Ibrings JB 37, 95
- Haring-Leichert WB der Psychiatrie und ihre Grenzgebiete, Stuttgart - New York 1968
- Hartmann, Günther Die Entmündigung als Mittel der Verbrechensverhütung - Bonn 1937
- Hedemann, J.-W. Volksgesetzbuch, Grundregeln und Buch 1 Entwurf und Erläuterungen München - Berlin 1942
- Hedemann, Friedrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 8. Auflage, Band I, Berlin 1903
- Heinsheimer, Karl Die Zivilgesetze der Gegenwart Band I: Frankreich, Code Civil Mannheim - Berlin - Leipzig 1932
- Hélie, Faustin Pratique criminelle des cours et tribunaux, 6. Edition, Droit pénal, Paris 1954
- Hellner, Jürgen Der Begriff der Geschäftsfähigkeit im französischen Recht JR 1967, 257
- Hellwig, Konrad System des Deutschen Zivilprozeßrechtes, Teil 2, Abt. 1, §§ 248 - 250, Leipzig 1912
- Hellwig, Konrad Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechtes, 1. Band, Leipzig 1903
- Herzog, Peter Civil procedure in France The Hague 1967
- Hoche Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie, 2. Auflage Berlin 1909

- Hölder, Eduard Kommentar zum Allgemeinen Teil
des Bürgerlichen Gesetzbuches,
München 1900
- Horber Grundbuchordnung
11. Auflage, München 1970
- Huber, Egon Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Erläuterungen zum Vorentwurf
eines Schweizerischen Zivilgesetz-
buches, 2. Auflage, I. Band,
Bern 1914

Erläuterungen zum Vorentwurf
des eidgenössischen Justiz-
und Polizeidepartments, 1. Band,
Bern 1914
- In der Beeck/Wuttke Geistige Gebrechlichkeit nach
§ 1910. Bürgerliches Gesetzbuch
NJW 68, 1185

Die Entmündigung wegen Ver-
schwendung NJW 1969, 2268

"Geistesschwäche" und § 681
Zivilprozeßordnung NJW 1968,
2268
- Jaeger Konkursordnung Erster Band
§§ 1 - 70 KO 1958, 8. Auflage,
Berlin,
Zweiter Band, 1. Halbband
§§ 71 - 206 KO, Berlin 1973
- Jansen, Paul Gesetz über die Angelegenheiten
der freiwilligen Gerichtsbarkeit
1. Band, 2. Auflage, Berlin 1969
2. Band, Berlin 1969

Wandlungen im Verfahren der frei-
willigen Gerichtsbarkeit
Tübingen 1964
- Jans-Happe Jugendwohlfahrtsgesetz
Kommentar, Köln 1963
- Jentsch, Gero Die Geschäftsfähigkeit Minder-
jähriger im Deutschen, Österrei-
chischen, Schweizerischen, Fran-
zösischen und Englischen Recht
Diss. jur. Bonn 1967
- Käfer Kostenentscheidung bei Rücknahme
eines Entmündigungsantrages
NJW 1956, 660
- Kapfer, Hans Manz'sche Ausgabe der Österrei-
chischen Gesetze, 2. Band des
Allgemeinen Bürgerlichen Gesetz-
buches, 26. Auflage, Wien 1960

- Kaufmann, Josef Kommentar zum Schweizer Zivil-
gesetzsbuch
Familienrecht
3. Abt.: Die Vormundschaft
2. Auflage, Bern 1924
- Keidel, Helmut Der Grundsatz des rechtlichen
Gehörs im Verfahren der frei-
willigen Gerichtsbarkeit.
Diss. jur. Köln 1965
- Keidel-Winkler Freiwillige Gerichtsbarkeit
10. Auflage, München 1972
- Kietz, Herbert Das Verfahren zur Entmündigung
oder zu deren Ausübung
JN 70, 176
- Klang, Heinrich Kommentar zum allgemeinen Bür-
gerlichen Gesetzbuch,
2. Auflage, 1. Band, 2. Halbband
§§ 137 - 284, Wien 1962
- Kleinknecht, Theodor Strafprozeßordnung
30. Auflage, München 1971
- Kluckhohn Der Umfang der Verpflichtung zur
Kostentragung im Entmündigungs-
verfahren, Gruchots Beitr. 62,
563
- Koch, C. F. Allgemeines Landrecht für die
Preußischen Staaten
8. Auflage, 1. Band, Berlin -
Leipzig 1884, 2. Band Berlin -
Leipzig 1886
- Kohler, Josef Prozeßrechtliche Forschungen
Berlin 1889
- Kohlhaas, Max Schwierigkeiten bei Aufklärung
von Kindesmißhandlungen
NJW 1967, 958
- Kuhlenbeck, L. Einfluß seelischer Störungen auf
die zivilrechtliche Handlungs-
fähigkeit Z Bl FG 7, 271
- Lammers, A. Ob und unter welchen Vorausset-
zungen es sich empfiehlt, eine
Bestimmung darüber, daß eine Person wegen
Trunksucht entmündigt werden kann, in
das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen.
1. Band, 19. DJT, 1888, Seite 157
Berlin - Leipzig 1888
- Langelüddecke, Albrecht Gerichtliche Psychiatrie
3. Auflage, Berlin 1971

- Landauer
Geistesschwäche als Entmündigungsgrund, DJZ 1904, 1058
Zur Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ZBlFG 10, 610
- Larenz, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin 1969
Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, München 1972
Lehrbuch des Schuldrechts
I. Band: Allgemeiner Teil
9. Auflage, München 1968
- Lent, Friedrich
Zivilprozeß und Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66, 267
- Lent-Jauernig
Zivilprozeßrecht - ein Studienbuch, 16. Auflage, München 1972
- Leonhard, Rudolf
Zur Gefahr der Geschäftsabschlüsse mit heimlichen Geisteskranken
Bank Arch 5, 153
- Leppmann, Friedrich
"Entmündigung", . Vom Standpunkt des Mediziners, RVgl.Wörterbuch, S. 73 ff.
- Levis, Otto
Die Entmündigung Geisteskranker
Leipzig 1901
Mängel der Geschäftsfähigkeit und Sicherheit des Verkehrs
ZBl FG 14, 249
- Löwe-Rosenberg
Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz
2. Band §§ 374 - 474 a Strafprozeßordnung, 21. Auflage, Berlin 1965
- Lücken, Kurt
Herabsetzung des Volljährigkeits- und Ehemündigkeitsalters,
FamRZ 71, 285
- Lutter, Marcus
Die Grenzen des sogenannten Gutgläubensschutzes im Grundbuch, AcP 164, 122
- Manz, Hans
Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche nach schweizerischem Recht, Zürich 1960
- Markl, Hermann
Gerichtskostengesetz Berlin 1967
- Maunz-Dürig-Herzog
Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art. 70 - Sachverzeichnis, München 1969

- Mazeaud-Mazeaud Leçons de droit civil
1. Band, 2. Auflage, Paris 1959
- Mellwitz, Artur Sozialgerichtsordnung, München -
Berlin 1956
- Milferstaedt, Otto Die Entmündigung nach dem Bür-
gerlichen Gesetzbuch und das
Entmündigungsverfahren
Gruchots Beitr. 41, 508
Die Entwicklung des Deutschen
Entmündigungsverfahrens
DJZ 1898, S. 105
- Müller, Hans-Werner Soll das Entmündigungsverfahren
neu geordnet werden als Ange-
legenheit der FG? DRiZ 54, 7
Anhörung der Beteiligten in der
freiwilligen Gerichtsbarkeit
NJW 53, 1659
- Müller-Tochtermann Freiwillige Gerichtsbarkeit zwis-
chen Verwaltung und Rechtspre-
chung, DRiZ 56, 4
- Münzel, Karl Freiwillige Gerichtsbarkeit und
Zivilprozeß in der neueren
Entwicklung, ZZP 66, 334
- Mugdan, B. Die gesammelten Materialien zum
Bürgerlichen Gesetzbuch für das
Deutsche Reich
I. Band, Allgemeiner Teil u.
Einführungsgesetz, IV. Band,
Familienrecht, Berlin 1899
- Naegele, Otto "Entmündigung" in Rechtsver-
gleichen - dem Wörterbuch für
das Zivil- und Handelsrecht des
In- und Auslandes, 3. Band,
Berlin 1931, S. 64 - 73
Zur Reform des Entmündigungsverfahrens
LZ 1925, Sp. 281 ff.
- Nikisch, Arthur Zivilprozeßrecht
2. Auflage, Tübingen 1952
- Nitschke, Manfred Die Wirkung von Rechtscheinstat-
beständen zu Lasten Geschäfts-
unfähiger und beschränkt Ge-
schäftsfähiger, JuS 1968, 541
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch
Allgemeiner Teil
3. Auflage, Berlin 1927

Oestreicher, Ernst	Bundessozialhilfegesetz - Kommentar Loseblattsammlung Stand 1968 München - Berlin
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 33. Auflage, München 1974
Peters	Das echte Streitverfahren im Bereich des FGG MDR 52, 137
Peters, Egbert	Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, Köln-Berlin 1962
Petersen-Anger	Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, II. Band, Lahr 1901
Pikart-Henn	Lehrbuch der freiwilligen Ge- richtsbarkeit Köln - Berlin 1963
Planck	Planck's Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungs- gesetzen I. Band, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240) 4. Auflage, Berlin 1913
Planiol-Ripert	Traité Pratique de droit civil Français, 2. Auflage, 6. Band (Esmein), Paris 1952
Ponsold	Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage, Stuttgart 1957
Preußischer Entwurf	zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Bemerkungen des Königlich-Preußi- schen Justizministeriums Berlin 1891
Probleme	des sozialistischen Zivilrechts Beiträge zur Diskussion über das künftige Zivilgesetzbuch, Berlin 1963
Reichel, Hans	Schuldfähigkeit, Schuld und Aus- schluß der Rechtswidrigkeit 34. DJT, 1926, 1. Band S. 169/70
Reichsgerichtsrätekommentar	zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Band Allg. Teil §§ 1 - 240 10./11. Auflage Berlin 1960 IV. Band, 2. Teil, Familienrecht, §§ 1589 - 1921 10./11. Auflage, Berlin 1964
Ripert et Boulanger	Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, Band 1, Paris 1956
Röhl, Hellmut	Das rechtliche Gehör, NJW 53, 1531

- Röhl, Hellmut Fragen des Rechtsschutzes im
Entmündigungsverfahren
NJW 60, 1378
- Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht, 10. Auflage
München 1969
- Rosenthal, Walter Die Justiz in der Sowjet-Zone
- Aufgaben, Methoden und Aufbau -
Bonn - Berlin 1962
- Roth, Paul Bayrisches Civilrecht
1. Teil, Tübingen 1871
- Rümelin, Max Die Geisteskranken im Rechts-
verkehr - Rede - , Tübingen 1912
- Schill, Hans Die Stellung des Richters in
Frankreich, Bonn 1961
- Schlegelberger, Franz Gesetz über die Angelegenheiten
der Freiwilligen Gerichtsbar-
keit, 7. Auflage, 1. Band,
§§ 1 - 124, Köln - Berlin 1956
Erläuterungswerk zum Bürgerli-
chen Gesetzbuch und zum neuen
Volksrecht, Band 1, Allgemeiner
Teil (§§ 1 - 240), Berlin 1939
- Schlosser, Peter Gestaltungsklagen und Gestal-
tungsurteile, Bielefeld 1966
- Schönke-Kuchinke Zivilprozeßrecht
Ein Lehrbuch, 9. Auflage,
Karlsruhe 1969
- Seuffert-Walsmann Kommentar zur Zivilprozeßordnung
12. Auflage, 2. Band, München 1933
- Siebenhaar, Eduard Kommentar zur Deutschen Civil-
prozeßordnung, Leipzig 1877
- Sieg, Hans-Otto Materielle Rechtskraft gericht-
licher Sachendentscheidungen im
Entmündigungsverfahren?
Diss. jur. Marburg, 1970
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1,
Allg. Teil, 10. Aufl. 1967,
Band 5 Familienrecht, 10. Auflage
Berlin - Mainz 1971
- Sprung, Rainer Konkurrenz von Rechtsbehelfen im
zivilrechtlichen Verfahren
Wien - New York 1966
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch I. Band, Allgemeiner
Teil, 11. Auflage, Berlin 1957

- Staudinger IV. Band Familienrecht, Teil 3 a,
§§ 1589 - 1698
10./11. Auflage Berlin 1966
Familienrecht IV. Band, Teil 3 b,
§§ 1705 - 1921
10./11. Auflage Berlin 1969
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung
19. Auflage, Tübingen 1964 ff.
- Stobbe, Otto Handbuch des Deutschen Privat-
rechts, 4. Band, 3. Auflage,
Bearbeiter: H. O. Lehmann,
Berlin 1900
- Struckmann-Koch Die Zivilprozeßordnung für das
Deutsche Reich
9. Auflage, Berlin 1910
- Sydow-Busch Zivilprozeßordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz, Handkommentar,
22. Auflage, Berlin 1941
- v. Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts
1. Band, Leipzig 1910
- Thomas-Putzo Zivilprozeßordnung, 6. Auflage,
München 1972
- Tuor, Peter Das Schweizerische Zivilgesetz-
buch, 7. Auflage, Zürich 1965
- Wach, Adolf Handbuch des Deutschen Zivilprozeß-
rechts, 1. Band, Leipzig 1885
- Weimar, Wilhelm Ist Rauschgiftsucht ein Entmündi-
gungsgrund? MDR 1971 S. 194
Der Paralytiker im Recht
MDR 73, 823 ff.
- Weinschenk Aus der Praxis des Entmündigungs-
prozesses
Bay RPflZ 1931, 201
- Wieczorek Zivilprozeßordnung und Neben-
gesetze, Band III §§ 511 - 703 a,
Berlin 1957; Band V GVG, Berlin
1957
- Vierth, Günther Psychopathologische Syndrome
nach Haschisch-Genuß, Münchener
Med. Wochenschrift 1967, 522 -
525
- Zachariä v. Lingenthal, Karl Handbuch des Französischen Civil-
rechts, 5. Auflage, 1. Band.
Herausgegeben von August An-
schütz, Heidelberg 1853

Zajtay, Imre	Code civil und Bürgerliches Gesetzbuch, AcP 157, 479
Zitelmann, Ernst	Lücken im Recht Leipzig 1903
Zöller, Richard	Zivilprozeßordnung - Kommentar 10. Auflage, 1968 München
Zweigert-Kötz	Einführung in die Rechtsver- gleichung auf dem Gebiete des Privatrechts Band II, Institutionen Tübingen 1969

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

E	Entmündigung
ER	Entmündigungsrecht
EVR	Entmündigungsverfahrensrecht
EBV	Entmündigungsbeschlußverfahren
EAV	Entmündigungsanfechtungsverfahren
EWAV, EABV	Entmündigungswiederaufhebungs- verfahren
FBH	Fürsorgebehörde
GFK	Geschäftsfähigkeit
GFM	Gerichtliche Fürsorgemaßnahme
GFV	Gerichtliches Fürsorgeverfahren
GK	Geisteskrankheit
GPflgsch	Gebrechlichkeitspflegschaft
GSchw	Geistesschwäche
GUF	Geschäftsunfähige(r)
GUFK	Geschäftsunfähigkeit
TS	Trunksucht
V	Verschwendung
N	Mißbrauch von Nervengiften
v.V.	vorläufige Vormundschaft
ZPfl	Zwangspflegschaft

d. l. f.	de lege ferenda (nach künftigen Recht)
d. l. l.	de lege lata (nach geltendem Recht)

Im übrigen gelten die in Kirchners Abkürzungs-
verzeichnis der Rechtssprache (2. Auflage
Berlin 1968) verwendeten Abkürzungen.

Abkürzungen zitierter ausländischer Gesetze
und Verordnungen

DDR

Angl VO	Angleichungsverordnung vom 4. 10. 1972
FGB (DDR)	Familiengesetzbuch der D.D.R. vom 20. 12. 1965

Frankreich

c. c.	code civil vom 30. 8. 1816
c. p.	code pénal vom 28. 4. 1832
c. p. c.	code de procédure civile vom 3. 10. 1824

Österreich

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetz- buch vom 1. 6. 1811
AußStrG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen vom 9. 8. 1854
EntmO	Entmündigungsordnung vom 28. 6. 1916
JWVO	Verordnung über Jugendwohlfahrt vom 20. März 1940
JN	Jurisdiktionsnorm vom 1. 8. 1895
GBG	Grundbuchgesetz vom 2. 2. 1955

Schweiz

OG	Bundesgesetz über die Organisa- tion der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
----	---

OR Bundesgesetz über das Obliga-
tionsrecht vom 30. 3. 1911

ZGB Schweizerisches Zivilgesetz-
buch vom 10. 12. 1907

1. Kapitel

Einleitung

Das Entmündigungs- und das Entmündigungsverfahrensrecht gehören seit Bestehen der Reichszivilprozeßordnung und des Bürgerlichen Gesetzbuches zu den Rechtsmaterien, die sich ohne jegliche Reform in unsere Zeit hinüberretten konnten. Zwar wurden schon kurz nach Inkrafttreten der ZPO im Jahre 1877 wie nach Inkrafttreten des BGB 1900 erste Stimmen laut, die bereits damals ein reformerisches Tätigwerden des Gesetzgebers forderten¹⁾²⁾. Aber auch konstruktive und der Lebenswirklichkeit entsprechende Vorschläge vermochten die schwerfällige Reformmaschine nicht in Gang zu bringen.

Seit der umfassenden Darstellung Levis³⁾, die sich mehr um eine dogmatische Begründung als um eine kritische Stellungnahme der nunmehr bestehenden Gesetzeslage bemühte, fehlt es in der Tat nicht an Vorschlägen, wie diese beiden Rechtsmaterien neu geregelt werden könnten⁴⁾. Erstaunlicherweise liegt der Höhepunkt dieser Reformbestrebungen nicht, wie man annehmen könnte, in den letzten 10, sondern bereits in den ersten 14 Jahren die-

-
- 1) Friedlaender AcP 86, 437; AcP 89, 197.
 - 2) Kühlenbeck ZBL FG 7, 271, Landauer DJZ 1904, 1058, ders.: ZBL FG 10, 610. Bernstein JW 1914, 1014, Fuchs JW 1914, 1011.
 - 3) Die Entmündigung Geisteskranker (1901); Milferstaedt DJZ 1898, 105.
Zur Entstehung der beiden Materien Birkmeyer ZZP 7, 155. Milferstaedt DJZ 1898, 105.
 - 4) Bernstein a.a.O.; v. Boxberger ZBL FG 1910, 217 ff; 269 ff. Frese ZBL FG 11, 71, Fuchs a.a.O.; Hardeland Iherings JB 37, 95.
Kühlenbeck a.a.O.; Landauer a.a.O.; Levis ZBL FG 1914, 249, Rümelin, Rechtsverkehr, 1912.

ses Jahrhunderts. Nach 1914 kam man immer seltener darauf zurück¹⁾; das Interesse an einer Reform dieser Rechtsmaterie flachte zusehends ab.

Im Rahmen der geplanten Reform der Zivilprozeßordnung von 1931 wurden einzelne Reformgedanken aufgegriffen und im Entwurf des Reichsjustizministeriums zum Gesetzesvorschlag²⁾. Die Verabschiedung dieses Gesetzesvorschlags wurde jedoch durch die politischen Ereignisse verhindert. Erst in jüngerer Zeit wurde im Rahmen von Überlegungen zu einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit auch die Diskussion über die Reform des ER und EVR wiederaufgenommen³⁾. Nach den Vorstellungen der ZPO-Kommission⁴⁾ soll das EVR künftig im FGG geregelt werden. Schon hier aber werden die Weichen für eine effektive Reform dann falsch gestellt, wenn sich die bezweckte Reform auf eine bloße Übertragung des bestehenden Rechts in einen systematisch näherliegenden Rechtskomplex, nämlich den der freiwilligen Gerichtsbarkeit, beschränken soll, ohne daß man hierbei die Grundlagen des EVR neu überdenkt. Darüberhinaus wäre eine Reform des EVR nur Stückwerk und somit selbst schon wieder reformbedürftig, erfolgte sie ohne gleichzeitige Reform des dem EVR zugrundeliegenden materiellen Entmündigungsrechts. Eine Reform des EVR ohne gleichzeitige Überprüfung seiner zivilrechtlichen Grundlagen ist ebenso undenkbar wie ein Hausneubau auf alten Grundmauern ohne Überprüfung ihrer Haltbarkeit.

-
- 1) Bovensiepen DJZ 1929, 303; Naegele LZ 1925, 281; Beyer DFG 1936, 179 ff.; Bumke ZAKDR 1935, 161; v. Aufseß ZZP 58, 124; Hartmann, E. und v.V. als Mittel der Verbrechensverhütung 1937.
 - 2) §§ 61o ff. dieses Entwurfs mit Begründung S. 386 ff.
 - 3) Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit S. 327 ff.; Weimar MDR 1971, 194; Röhl NJW 1960, 1378; Arnold FamRZ 1971, 289; Müller DRiZ 54, 7; in der Beeck/ Wuttke NJW 1968, 1185; dies. NJW 68, 2268, NJW 69, 2268.
 - 4) a.a.O.

Nicht allein für den Bundesgesetzgeber ist die Reform des ER und EVR ein aktuelles Anliegen, sondern auch jenseits unserer Grenzen zeigen Reformbestrebungen¹⁾ oder sogar Reformgesetze²⁾ auf dem Gebiet des Familienrechts³⁾, unter das auch die Voraussetzungen der Vormundschaft über Erwachsene fallen, oder auf dem Teilgebiet des ER und EVR selbst⁴⁾, daß Gesetzes- und Lebenswirklichkeit nicht mehr in Einklang stehen. Es ist bedeutsam, daß gerade in den hier interessierenden Ländern Reformbestrebungen auf entmündigungsrechtlichem Sektor in Gang gesetzt wurden; dies zumal deswegen, weil es sich um Rechtsordnungen handelt, mit denen das deutsche ER und EVR gemeinsame historische Grundlagen hat⁵⁾ oder deren Regelungen die unsere bereits zum Vergleich vorlag⁶⁾. Es läßt sich hierbei die Tendenz in der Entwicklung der Reformdiskussion erkennen, von einer Bindung an die starren, historisch gewachsenen Grundlagen des staatlichen Fürsorgerechts weg zu einer durch Effektivität und Praktikabilität geprägten Neuregelung hin zu kommen.

In diesem aktuellen Stadium der Diskussion will der Verfasser mit dieser Arbeit versuchen, einen Vorschlag für eine künftige Neuregelung dieser Rechtsmaterie in der Bundesrepublik zu machen. Hierbei soll von den historischen Grundlagen ausgehend die gesamte Problematik eines staatlichen Schutzeingriffs (insbesondere in Form der Entmündigung (E)) aufgerissen und kritisch anhand der Grundsätze

-
- 1) Schweiz, 4. Etappe zur Reform des Familienrechts. In Österreich beschränkte sich die Reform auf eine Revision des Anhaltungsverfahrens (Freiheitsentziehungsverfahren) im Rahmen der EntmO.
 - 2) Aus Frankreich Loi n° 68-5 du 3^{ieme} Janvier, 68 betreffend c.c.; loi n° 68-855 du 2^{ieme} octobre 68 betreffend c.p.c. DDR: FGB vom 20. 12. 1965 (GBI DDR I 1966, 1 ff.
 - 3) Schweiz und DDR
 - 4) Frankreich
 - 5) Prozessual ist das EVR eine Kombination aus deutsch- und französisch-rechtlichen Elementen.
 - 6) Österreichische EntmO aus dem Jahre 1916 (JMVB1. 1916, 245 ff.) Schweizerisches ZGB vom 1.1. 1912 (siehe hierzu Tuor § 2 II S. 9 f.).

von Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit beurteilt werden. Insbesondere werden die widersprechenden Interessen des zu Entmündigenden und des Rechtsverkehrs zu berücksichtigen sein.

Verfahrensrechtlich wird für eine Neugestaltung wichtig sein müssen, daß trotz einer Effektivierung des Verfahrens dieses alle die Garantien eines rechtstaatlichen Verfahrens behält, die einen Mißbrauch der E aus zweckfremden Erwägungen ausschließen und den Schutz der Rechtspersönlichkeit der Betroffenen vor ungerechtfertigten Eingriffen garantieren.

Der Vergleich mit den Regelungen in den anderen Rechtsordnungen bezweckt, Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Regelungen zu erkennen, ihre Praktikabilität und Effektivität herauszustellen, Nachteile, die sich dort zeigen, für eine künftige deutsche Regelung zu "vermeiden", Vorteile dort auf ihre praktische Realisierbarkeit in der BRD hin zu überprüfen und gegebenenfalls für die künftige Reformgesetzgebung nutzbar zu machen.

Der Kritik der geltenden Regelung und dem rechtsvergleichenden Überblick folgt eine Zusammenstellung der Punkte, die für eine künftige Regelung von Bedeutung erscheinen. Den Schluß bildet der Versuch, eines den erarbeiteten Grundzügen entsprechenden Lösungsvorschlags.

1. Hauptteil

Darstellung des geltenden Rechts und Kritik

2. Kapitel

Darstellung des geltenden materiellen Rechts

I. Entmündigung - § 6 BGB

Die heutige materielle gesetzliche Regelung bezweckt Fürsorgeschutz durch Entmündigung (§ 6 BGB). Von staatlicher Seite wird durch rechtsgestaltenden Staatsakt die Handlungsfähigkeit des Betroffenen eingeschränkt oder aufgehoben, wodurch er die Fähigkeit der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung¹⁾ verliert; er wird "mundtot"²⁾ gemacht.

Gründe für diesen Eingriff in die Rechtspersönlichkeit sind nach geltendem Recht die folgenden:

A. Geisteskrankheit und Geistesschwäche - § 6 I Ziffer 1 BGB

1. Historisches

Materiell waren vor der Kodifikation des BGB in den einzelnen Landesrechten als Bevormundungsgründe geistige und körperliche Gebrechen bekannt. Als solche wurden Raserei, Wahnsinn und Blödsinn³⁾ angesehen, auch Taubstummheit⁴⁾

1) Bunsen § 122, Hellwig Lehrbuch S. 52; Levis S. 23 "Entzug der Selbstmündigkeit".

2) Bad LR § 513 a "Mundtotmachung".

3) PrALR I 1 § 28, 29; Art. 489 Code Napoléon §§ 1981, 1982 sächs. BGB.

4) Sächs. BGB § 1982; Roth BayLR § 105.

und Bresthaftigkeit¹⁾).

Die Bestellung einer Vormundschaft über diese Personen setzte aber voraus, daß sie dauernd unfähig waren, ihren Angelegenheiten selbst vorzustehen²⁾.

Die Kodifikation des BGB brachte durch die Einfügung der "Geistesschwäche"³⁾ einen neuen Entmündigungsgrund, der nicht zu einer vollen Aufhebung der Handlungsfähigkeit bei einer Geistesstörung führen soll.

2. Begriff

a) Als Geisteskrankheiten im medizinisch-psychiatrischen Sinne werden krankhafte Störungen der psychischen Struktur bezeichnet⁴⁾, nach Art und Verlauf begrenzte, akute oder chronische sog. Psychosen⁵⁾. Sie können äußere und/oder innere Ursachen haben und auf ererbten oder erworbenen (endogenen) Ursachen beruhen oder von außen her infolge körperlicher Störungen verursacht sein (exogene Ursachen), z.B. durch Alkoholabusus das Delirium tremens oder bei Rauschmitteleinnahme Halluzinationen. Manchmal sind sie Folgen von Zentralerlebnissen (Unfallschock, sog. Ausnahmezustände o.ä.) oder beruhen auf altersbedingten Veränderungen des Gehirns⁶⁾. Die Erscheinungsform der einzelnen Krankheit hängt auch von

1) Böhlau § 123.

2) Stobbe IV, § 336 S. 616.

3) Geistesschwäche als Entmündigungsgrund war im 1. Entwurf (§ 29) noch nicht vorgesehen, denn: "Geistes-schwäche reiche nicht aus, eine Entmündigung zu rechtfertigen" (Mugdan, Motive, S. 386), wurde aber im 2. Entwurf (§ 14) eingefügt; i.e. Milferstaedt Gruchots Beitr. 41, 518 ff.

4) Haring-Leichert, Handwörterbuch d. Psychiatrie, Binder S. 20 ff., 82 f., 89 f.

5) Bumke S. 188; s. auch v. Boxberger ZBLFG 10, 217-222;

6) im einzelnen Bleuler S. 113 und Bumke S. 200. Die für das Entmündigungsrecht wichtigsten psychiatrischen Erscheinungsformen eingehend dargestellt bei Sieg S. 4 ff.; Arnold FamRZ 1971, 289(290).

der Persönlichkeitsstruktur und dem Bildungsgrad des Betreffenden ab; der Verlauf kann zudem von der Intensität der jeweiligen Behandlung abhängen¹⁾.

Geistesschwäche hingegen ist ein Zustand von intellektueller Schwäche, der entweder angeboren, erworben oder als Folge einer Seelenstörung entstanden sein kann²⁾.

Affekt und Triebstörungen³⁾ können sowohl bei Geisteskrankheiten als auch bei Geistesschwäche auftreten.

Die Unterscheidung, die die Psychiatrie zwischen diesen beiden Begriffen macht, läßt sich etwa auf folgenden vereinfachten Nenner bringen: Geistesschwächen sind Störungen der intellektuellen Fähigkeiten (Schwachsinn), Geisteskrankheiten sind prozeßhaft verlaufende, zentral bedingte Störungen der psychischen Funktionen.

b) Nicht diesen medizinisch-psychiatrischen Begriff der Geisteskrankheit und Geistesschwäche legt der Gesetzgeber dem Gesetz zugrunde, sondern den des gewöhnlichen Sprachgebrauchs.

Das Volk spricht von Geisteskrankheit, wenn ein Mensch intellektuell nicht mehr verstanden wird, wenn gefühlsmäßig nicht mehr mit ihm zusammen empfunden werden kann oder wenn sein Tun oder Lassen völlig unbegreiflich und unsinnig wirkt⁴⁾. Dabei denkt der Laie primär an Verstandesmängel. Umgekehrt aber fällt es ihm schwer, an das Vorhandensein geistiger Störungen zu glauben, wenn die Intelligenz des Betroffenen als solche nicht gelitten hat.⁵⁾

1) Langelüddecke S. 6/7.

2) Bumke S. 188.

3) Rauch bei Ponsold S. 103.

4) Bleuler S. 111.

5) so insbesondere bei paranoiden Psychosen oder schweren Depressionen. Wie noch zu zeigen sein wird, kann trotz ungebrochener Intelligenz medizinisch gesehen Geisteskrankheit vorliegen, juristisch aber E sowohl wegen GK als auch wegen GSch möglich sein. (s.u. S. 93 ff.).

Das Gesetz unterscheidet zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche. Dem Sprachgebrauch nach ist Geisteskrankheit die schwerere Form geistiger Anomalie, die Geistesschwäche die geringere Form. Dieser Unterschied, der im praktischen Leben zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche gemacht wird¹⁾, wurde dem BGB zugrunde gelegt. Eine eigenständige juristische oder gesetzliche Definition dieser Begriffe gibt es nicht. Es wird juristisch auf den quantitativen²⁾ Unterschied der beiden Entmündigungsgründe hingewiesen ohne jede Rücksicht auf die Art der Erkrankung. Der Grad der geistigen Erkrankung (Psychosen), der im juristischen Sinne als Geisteskrankheit bezeichnet wird, muß dazu berechtigen, die volle Geschäftsunfähigkeit eintreten zu lassen³⁾. Es wird also nicht, wie es logischerweise zu erwarten wäre, von den psychiatrischen Voraussetzungen ausgegangen, um Entmündigungsgrund und -grad zu bestimmen, sondern gerade umgekehrt muß aus der an den Einzelfall geknüpften Rechtsfolge (E-Grad) auf die psychiatrischen Voraussetzungen (E-Grund) geschlossen werden⁴⁾. Während die Psychiatrie die krankhafte Erscheinung, das Erscheinungsbild als solches definiert, also vom subjektiven Tatbestandsmoment des § 6 I Ziff. 1 BGB ausgeht, ist der Streit um die Diagnose juristisch belanglos⁵⁾. Der eigentliche gesetzgeberische Sinn der Unterscheidung von Geisteskrankheit und Geistesschwäche liegt darin, zwei Grade seelischer Störung auseinanderzuhalten, von denen der eine eine größere, der andere eine geringere Schutz-

1) so Mugdan, Protokolle S. 586.

2) RGZ 50, 203, 130, 74; Das Recht 13, 458; Bumke ZAKDR 1935, 167; a.A. "qualitativer Unterschied" Landauer DJZ 1904, 1058; ders.: ZBLFG 1910, 610; v. Boxberger ZBLFG 1910, 217; Milferstaedt Gruchots Beitr. 41, 529.

3) Planck § 6 N. 2b (beachte auch Warn Rspr. 17, 232).

4) was Hedemann § 31, 1 Fußn. 9 mit Recht als "unlogisch" bezeichnet. Vgl. auch RGZ 50, 203 (207); Reichel 34. DJT. I S. 169 Fußn. 36.

5) Naegele LZ 1925 Sp. 284.

bedürftigkeit des Kranken bedingt¹⁾. Die im BGB genannten Begriffe sind daher keine mit psychiatrischer Begriffsdogmatik verbundene, sondern dem Sprachgebrauch entnommene, auf juristischem Gebiet geltende Termini, die einer psychiatrischen Begriffsbestimmung keinen eigenen Raum belassen²⁾.

3. Objektives Tatbestandsmoment

Eine Entmündigung (E) wegen Geisteskrankheit (GK) und Geistesschwäche (GSchw) kann nur dann erfolgen, wenn der Betreffende "seine Angelegenheiten" nicht mehr zu besorgen vermag. Dabei genügt nicht die Unfähigkeit zur Besorgung einzelner Angelegenheiten³⁾, umgekehrt schließt die Fähigkeit zur Besorgung nur einzelner Angelegenheiten eine E nicht aus⁴⁾.

Die "Angelegenheiten" umfassen nicht nur die vermögensrechtlichen, sondern auch die familienrechtlichen Verpflichtungen des Entmündigten⁵⁾, z.B. die Unterhaltsverpflichtung; zur Erfüllung dieser Verpflichtungen muß die Bestellung eines Vormundes erforderlich sein.

1) Bumke ZAkDR 1935, 167.

2) vgl. auch Hartmann, S. 85.

3) Enneccerus-Nipperdey § 93 I 2.

4) RG JW 1905, 133 Nr. 4; zu weitgehend RGZ 50, 204; 65, 201, die die Unfähigkeit der Besorgung auf alle Angelegenheiten erstrecken wollen. Zu diesem Problem eingehend v. Boxberger ZBl FG 10, 217 (231).

5) "Allgemeine Verfügung vom 28. Nov. 1899 über das Verfahren bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder wegen Geistesschwäche" - § 1 Preuss. Ministerialverfügungen S. 82; über den Rahmen des § 6 BGB hinausgehend BGH LM Nr. 18 zu § 42 StGB.

Weiterhin ist ein Grund für die E die

B. Verschwendung, § 6 I Ziffer 2 BGB

1. Historisches

Die Verschwendung ist neben der GK der älteste, eine Betreuungsmaßnahme rechtfertigende Grund. Schon in den frühen Privatrechtskodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts erscheint die Verschwendung¹⁾, die aber nur zum Teil zu einer der GK entsprechenden Vormundschaft führte²⁾. GK und V als Vormundschaftsgründe wurden aber ansonsten stets voneinander getrennt behandelt.

Die Gründe, die die Gesetzgeber bewogen, Verschwendung als Grund für eine besondere Schutzmaßnahme aufzunehmen, liegen in den wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen einer Familie, die damals vom Fortbestehen eines Vermögensstammes abhingen. Wurde dieser angegriffen oder sogar verbraucht, ohne daß ein wirtschaftliches Äquivalent an seine Stelle trat, war die wirtschaftliche Existenz der Familie in Frage gestellt, die Familie war "der Gefahr des Notstandes" ausgesetzt³⁾.

Die heute vorhandene Möglichkeit, durch Sozialhilfe den Betroffenen und seine Familie vor dem Ärgsten zu bewahren (§§ 1, 7 BSHG), war damals noch nicht bekannt.

1) 513 a BadLR; Pr. ALR I 1 § 31; Art. 513 code Napoléon, § 1987 sächs. BGB; Böhlau Mecklenb. LR § 121, Roth § 107 (Bay. LR. I. 7. § 37).

2) Pr. ALR ordnete in diesem Fall eine Pflegschaft an, der Code Napoléon ließ nur die Bestellung eines gerichtlichen Beistandes zu (conseil judiciaire); dagegen berechnete die Verschwendung nach dem Bay. LR zu einer Vermögensvormundschaft (Roth § 107 I), im sächs. Recht (§ 1987) zu einer Vormundschaft mit personensorge-mäßiger Funktion.

3) vgl. Hahn-Mugdan Motive S. 387.

Der Staat sah sich daher gezwungen, durch zwangsweise Fürsorgemaßnahmen die vermögensmäßige Existenzbasis einer Familie vor einem sinnlosen Angriff zu schützen, um die bestehenden sozialen Unterschiede nicht noch zu vergrößern und den Kreis der Armen nicht noch zu erweitern. Schutzzweck der E war danach die Aufrechterhaltung der sozialen Stellung der Familie¹⁾.

2. Begriff

Der juristische Begriff der V läßt sich nur aus der, wenn auch nicht umfangreichen Rechtsprechung ableiten.

Danach äußert sich die V in einem Hang zu unvernünftigen Ausgaben oder zu unwirtschaftlichem Gebaren, z.B. auf Grund von Leichtsinn, Prunkliebe etc.²⁾ oder unangebrachter Vertrauensseligkeit gegenüber Dritten³⁾. Sie kann auch im Unterlassen liegen, wenn z.B. jemand Werte zwecklos verkommen läßt und hierin ein Hang zu unwirtschaftlichem Gebaren zu sehen ist⁴⁾, wenn er etwa die Ernte auf dem Felde verfaulen läßt⁵⁾. Die V braucht sich nicht auf ein Vermögen beziehen, es reicht für eine E aus, wenn ein Vermögensloser seinen Verdienst sinnlos durchbringt⁶⁾. Entscheidend ist der Kausalzusammenhang von krankhaftem Hang zur Unverhältnismäßigkeit der Ausgaben⁷⁾. Hierbei muß eine gefährdende Wirkung für den Betreffenden oder seine Familie (§ 6 Abs. 1 Ziff. 2 BGB) eingetreten sein⁸⁾, der Eintritt des Notstandes braucht noch nicht erfolgt zu sein, es reicht aus, daß er droht⁹⁾, mit

1) vgl. Eißer AcP 146, 247 (257).

2) RG Seuff Arch. 60 Nr. 138; RG HRR 32, 929; für Österreich SZ 43, 143 (144) = JBl. 1958, 554.

3) RG LZ 1917, Sp. 966.

4) vgl. Ehrenzweig § 476 S. 406.

5) RG JW 1914, 262.

6) vgl. Kaufmann Art. 370 ZGB Rdnr. 7, vgl. auch Enneccerus-Nipperdey § 93 II 1

7) RG Seuff.-Arch. 60 Nr. 138.

8) Oertmann § 6, 3 a beta.

9) RG HRR 1932, Nr. 929; vgl. auch Siebert in Hedemanns Entwurf zu einem VGB S. 93.

anderen Worten, daß bei Fortsetzung der Verschwendung Notstand eintreten wird. Die E wegen V hat daher einen primär präventiven Charakter¹⁾.

C. Trunksucht - § 6 I Ziff. 3

1. Historisches

Die älteren Privatrechtskodifikationen kannten eine E wegen Trunksucht (T) nicht. Nach dem Pr.ALR. wurde die T allenfalls als ein Fall der V angesehen²⁾. Als solchen sahen ihn auch die Motive³⁾; daher war ein eigenständiger Entmündigungsgrund der T in § 29 des Entwurfes zum BGB zunächst noch nicht vorgesehen, obwohl schon Lammer⁴⁾ und Fuld⁵⁾ auf dem 19. DJT eine E wegen T forderten. Erst der zweite Entwurf erwähnt die T als Entmündigungsgrund (§ 14 des Entwurfes). Zur Begründung wurde angeführt, T stelle eine so ernste Krankheit des Volkskörpers dar, und das Verlangen der öffentlichen Meinung nach gesetzlicher Bekämpfung des Übels sei so dringend, daß auch die Privatrechtskodifikation sich der Aufgabe nicht entziehen könne, mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln zur Erreichung dieses Zieles mitzuwirken⁶⁾, die durch die T verursachten schweren Schädigungen der wirtschaftlichen und sittlichen Gesundheit des Volkslebens könnten nicht bestritten werden⁷⁾, - eine Einfügung der T als Entmündigungsgrund stellte einen bedeutenden sozialen Fortschritt dar⁸⁾.

1) vgl. Klang - Wentzel/Piegler § 273 ABGB S. 507.

2) Koch, LR I 1 § 30, Fußn. 28.

3) Mugdan S. 387.

4) 19. DJT (1888) I. S. 157 (158).

5) 19. DJT (1888) II. S. 85 (108, 115).

6) Mugdan Protokolle S. 587.

7) Mugdan Denkschrift S. 824, vgl. f. Österr. JM V Bl. 1916, 250.

8) Abg. Enneccerus

2. Beratung, S. 975; hierzu im einzelnen Milferstaedt Gruch. Beitr. 41, 516.

2. Begriff

Die juristische Begriffsbildung zeigt auch hier wiederum eine lebensnahe, wenig an der medizinischen Begriffsbestimmung orientierte Definition. Nach dieser ist die TSucht Verhaltensanomalie, der in der Regel sowohl anlagemäßige Charakterabartigkeit (Psychopathie), als auch Störung der Erlebnisverarbeitung (Neurose)¹⁾ zugrunde liegen, nach juristischer Begriffsbildung ist die T der anomale Hang zum übermäßigen und gewohnheitsmäßigen Genuß geistiger Getränke²⁾, oder negativ ausgedrückt, - die dauernde Unfähigkeit, in relativ mäßigen Mengen Alkohol zu genießen³⁾; die Entschließungsfreiheit des Trinkers muß durch seinen Hang in erheblichem Maße geschwächt oder gar beseitigt sein⁴⁾.

Die Ursache der T liegt in einem psychischen Fehlverhalten mit primär krankhaftem Einschlag. Für die juristische Begriffsbildung ist aber nicht die "krankhafte" Neigung ausschlaggebend, sondern der "soziale Aspekt" des Trinkens und dessen soziale Verwerflichkeit.

Wann Trunksucht im Einzelfall vorliegt, bemißt sich danach nicht nach der Menge des konsumierten Alkohols⁵⁾, sondern nach der "sozialen" Wirkung - nämlich inwieweit eine Selbst- oder Drittgefährdung eingetreten ist. Zweck der Entmündigung wegen Trunksucht ist vor allem die Heilung des Trinkers und die Erhaltung des Vermögens.

D. Rechtsfolgen

1. bei Abschluß von Rechtsgeschäften

Der Schutz ist - je nach dem Entmündigungsgrund - für den

-
- 1) Ehrhardt bei Ponsold, S. 117; vgl. auch Binder, S. 113, zu Art. 97 ZGB S. 137.
 - 2) RG Seuff. Arch. 68, 116; OLG Stuttgart JW 1936, 1942; für die Schweiz: BGE 39 II 513.
 - 3) Kaufmann Art. 370, Rdnr. 14.
 - 4) Dernburg, Bürgerl. Recht, § 64 III 2, S. 153.
 - 5) Staudinger-Coing § 6 Rdnr. 27.

Betroffenen verschieden stark. In bezug auf Rechtsgeschäfte ist der Schutz eines wegen Geisteskrankheit Entmündigten global; seine Willenserklärungen sind auch dann nichtig, wenn sie ihm lediglich rechtlichen Vorteil bringen würden (§ 104 Ziff. 3); selbst mit der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters kann er keine rechtswirksame Rechtshandlung vornehmen. Er ist vom rechtsgeschäftlichen Verkehr ausgeschlossen¹⁾.

Die Entmündigung wegen GK bewirkt (§ 104 Ziff. 3 BGB), daß entgegen § 104 Ziff. 2 BGB auch die Rechtsgeschäfte, die in einem lichten Augenblick abgeschlossen sind, keine Wirksamkeit erlangen. Die Entmündigung wirkt insoweit konstitutiv²⁾.

Dagegen stehen die wegen GSchw, T, V Entmündigten einem Minderjährigen gleich (§ 114 BGB) -eine eigene rechtliche Selbstbestimmungsmöglichkeit ist, soweit der Betroffene keinen rechtlichen Vorteil erlangt, von der Zustimmung des Vormundes abhängig.

Auch in diesen Fällen hat die Entmündigung konstitutive Wirkung: alle vorgenommenen Rechtshandlungen, die keinen rechtlichen Vorteil bringen, sind von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängig (§§ 114, 108 BGB).³⁾

2. in personensorgerechtlichen Angelegenheiten

Neben die rechtsgeschäftliche tritt die persönliche

-
- 1) Dernburg § 63 III S. 159; eingehend Kuhlenbeck ZBlFG 7, 279.
 - 2) a.A.: Kohler Forschungen S. 108 nur "deklarativen" Charakter.
 - 3) Besonders hervorzuheben ist die Frage der Testierfähigkeit bei Entmündigten: sie tritt schon mit der Stellung des Antrages ein, wenn aufgrund dieses Antrages die Entmündigung erfolgt (§ 2229 III 2 BGB), wohingegen die vorläufige Vormundschaft als solche die Testierfähigkeit nicht berührt.

Betreuung: dem Vormund steht das Personenrecht insoweit zu, als es der Zweck der Vormundschaft erfordert (§ 1901 Abs. 1 BGB). Der Umfang der Personensorgemaßnahmen, die der Vormund treffen kann, bestimmt sich nach dem Entmündigungsgrund¹⁾. Er ist bei Verschwendung geringer als bei Trunksucht, bei dieser wiederum geringer als bei der Geistesstörung²⁾.

Unterbringungen in einer Heilanstalt bedürfen jedoch vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung (§ 1800 II BGB).

3. auf privat- und öffentlich-rechtlichem Gebiet

An die erfolgte E werden umfassende rechtliche Konsequenzen geknüpft. Sie durchziehen das Privatrecht³⁾ und bedingen auch die öffentlich-rechtlichen Rechte⁴⁾ des Betroffenen.

E. Schutzwirkungen

1. Schutzwirkungen im Innenverhältnis

Neben dem Entmündigten sind noch weitere Personen durch den Entmündigungsschutz betroffen.

Das Gesetz benennt ausdrücklich die Personen oder Personengruppen, die es besonders schützen will. So sieht § 6 BGB vor, daß neben dem zu Entmündigenden auch dessen Familie (Ziffern 2 + 3) und die Sicherheit anderer (Ziffer 3 3. Alt.) Schutzobjekt der Entmündigungsmaßnahme sind. Der Umfang des durch die Schutzwirkungen

1) Scheffler - BGB RGRK § 1901 Anm. 1.

2) Beitzke, Fam.R. § 39.

3) §§ 1469 Nr. 4, 1495 Nr. 3, 1595, 1780, 1781, 1792, 1748, 1751, 1865 f., 1885, 1896, 2201, 2225, 2229, 2230, 2275 BGB; §§ 3, 18, 30 EheG; §§ 32 Nr. 3, 84 GVG.

4) § 13 Nr. 1 BWahlG; § 8 Abs. 2 Nr. 2 BRRG, § 12 II Ziff. 1 BBG, § 2 I Ziff. 2 Apoth G, 9 Ziff. 2 WPflG, 8 I ErsatzdienstG.

betroffenen Personenkreises variiert je nach dem Entmündigungsgrund. Während man bei Gk und GSchw von einem überwiegenden Schutz der Person des zu Entmündigenden ausgehen kann, muß man in den anderen Fällen von gleichstarker (Ziffern 2 + 3) oder überwiegender Drittschutztendenz (Ziffer 3) des Gesetzes sprechen¹⁾²⁾.

Die geschützten Personenkreise sind konkret bestimmbar. Familie im Sinne dieser Vorschrift sind alle Personen, denen der zu Entmündigende den Unterhalt zu gewähren verpflichtet wäre³⁾, "Sicherheit anderer" erfordert keine Gemeingefahr, sondern eine Gefährdung der Personen, zu denen der Betroffene in einer besonderen Lebensbeziehung steht wie Familie, Berufskollegen, Vereinsmitglieder etc.⁴⁾. Es soll hiermit kein genereller Schutz der Allgemeinheit vor der Belastung durch "minderwertige Menschen"⁵⁾ erreicht werden. Auch soll die E nicht anstelle öffentlich-rechtlicher Schutzgesetze treten. Die E ist Schutzmaßnahme, deren Voraussetzungen sich nach Privatrecht richten und die nur mit Mitteln des Privat- und Zivilprozeßrechts erfüllt werden können.

Der Schutz der Person des Entmündigten und der im Gesetz vorgesehenen Personengruppen bestimmt sich nach dem Umfang des erfolgten Eingriffs in die Rechtspersönlichkeit des Betroffenen.

-
- 1) so wie hier Kauffmann Art. 37o ZGB Rdnr. 51 "Schutz von Drittpersonen, deren Sicherheit durch den Trunksüchtigen gefährdet ist." Langelüddecke S. 222 a.A.: RGZ 38, 191 (193) ff; Schultze - v. Lassaulx § 6 Rdnr. 28 "nur sekundärer Zweck".
 - 2) Naegele LZ 1925, Sp. 286.
 - 3) Planck § 6 N. 4.
 - 4) Staudinger-Going § 6 Rdnr. 16, 16 a; BGB-RGRK (Dennecke) § 6 Anm. 8.
 - 5) BGB RGRK a.a.O. Anm. 2 unter Hinweis auf RG HRR 1937 Nr. 544.

2. Schutzwirkungen im Außenverhältnis

Neben dem Kreis der Personen, die durch die E selbst unmittelbar geschützt werden (Entmündigungswirkungen im Innenverhältnis), tritt ein durch diese Wirkungen betroffener, konkret aber nicht näher bestimmbarer Personenkreis, dem alle angehören, die mit dem Entmündigten in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten (Entmündigungsschutzwirkungen im Außenverhältnis).

Den Schutz, den die E den im Gesetz bestimmten Personen gewährt, gibt es den mit dem Entmündigten in Geschäftsverbindungen tretenden Dritten im gleichen Maße nicht. Von Tuhr¹⁾ und Planck²⁾ vertreten zwar die Auffassung, die Entmündigung diene auch dem Schutze derjenigen Personen, die mit dem Entmündigten in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten, denn es solle hierdurch der Gefahr entgegengetreten werden, daß sich die Rechtsgeschäfte wegen Handlungsunfähigkeit des Kranken als nichtig erwiesen. Diese Auffassung ist jedoch nur insoweit richtig, als infolge der Rechtswirkungen der E anstelle des Entmündigten dessen Vormund im Rechtsverkehr auftritt. Bernstein³⁾ hat aber nachgewiesen, daß dies jedoch nicht immer der Fall ist, daß der Entmündigte vielmehr faktisch nicht nur im Rechtsverkehr auftreten kann, sondern in einem Falle sogar selbständig ein Handelsgewerbe betreiben darf. Eine vertragliche Bindung des Gegenkontrahenten wird kraft Gesetzes vom Handeln des gesetzlichen Vertreters abhängig gemacht, indem dieser entweder selbst für sein Mündel handelt (§§ 1896, 1897, 1626 BGB) oder - soweit dies noch möglich ist - als gesetzlicher Vertreter genehmigt (§§ 114, 108 BGB). Die mit dem Entmündigten in rechtsgeschäftlichen Kontakt tretenden Personen kennen aber regelmäßig dessen Unfähigkeit nicht, selbständig

1) § 26 S. 413.

2) § 6 Anm. 2.

3) JW 1914, 1014 (1015).

Rechtsgeschäfte abschließen zu können.

Einen speziellen Schutz des Rechtsverkehrs vor im Rechtsverkehr auftretenden Entmündigten sieht das Gesetz nicht vor. Zwar verlangt § 687 ZPO eine Veröffentlichung der Entmündigung wegen TS und V. Diese stellt aber allenfalls eine "Warnung" des Rechtsverkehrs dar, bewirkt aber keinen Schutz im vorgenannten Sinne¹⁾.

F. Ermessensentscheidung

Nach dem Gesetz "kann" die Entmündigung erfolgen. Trotz dieser Kann-Vorschrift des § 6 BGB darf die E nach überwiegender Meinung²⁾ bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen nicht, auch nicht nach dem Ermessen des Gerichts, wegen Fehlens eines Bedürfnisses abgelehnt werden. Es tritt bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen somit eine "Ermessensreduzierung auf Null" ein. Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen i s t daher zu entmündigen.

G. Die Aufhebung der E erfolgt, wenn der sie begründende Umstand weggefallen ist (§ 6 Abs. 2 BGB).

II. Vorläufige Vormundschaft - § 1906 BGB

1. Ist es zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens des Betroffenen notwendig, so kann - bei begründetem E-Antrag - als einstweilige Maßnahme vorläufige Vormundschaft angeordnet werden (§§ 657 ZPO, 52 FGG, 1906 BGB).

1) im einzelnen s. u. S. 78 ff., 130 ff.

2) BGB-RGRK Vorbem. § 6 Anm. 2; Oertmann § 6 N.2 e und 5 a.E.; Enneccerus-Nipperdey § 93 I Fußn. 2; einschränkend Planck § 6 N. 6.

Die vorläufige Vormundschaft stellt keine eigenständige Betreuungsmaßnahme dar. Sie richtet sich in ihren gesetzlichen Voraussetzungen nach § 6 BGB, was aus der Wendung des § 1906 BGB "...dessen E beantragt ist" folgt. Die v.V. ist gewissermaßen die "einstweilige Verfügung" des Entmündigungsrechts.

Zweck dieser Maßnahme ist es, Betreuungsschutz schon vor einem die E aussprechenden Beschluß gewähren zu können, wenn die Gefahr besteht, daß der Betroffene sich oder sein Vermögen¹⁾ während des oft langwierigen Entmündigungsverfahrens (EV) gefährdet. Es soll daher grundsätzlich nicht erst die Wirksamkeit des Beschlusses oder gar dessen Rechtskraft abgewartet werden müssen, um Schutz dann zu gewähren, wenn er notwendig ist.

Der unter v.V. Stehende ist in seiner Geschäftsfähigkeit nur beschränkt (§§ 1906, 114 BGB), und zwar unabhängig davon, aus welchem Grunde die E beantragt ist. Hierdurch werden die rechtsgeschäftlichen Folgen der E größtenteils antizipiert: Die E beginnt so schon mit der vorläufigen Vormundschaft²⁾.

2. Vorläufige Vormundschaft als Ersatzform

a) Vorläufigkeit der Vormundschaft bedeutet, daß kein dauernder, endgültiger Zustand geschaffen werden soll, d.h. die durch vorläufige Vormundschaft eintretenden Entmündigungsfolgen dürfen nur einstweilen, vorläufig, zeitlich begrenzt und begrenzbar eintreten³⁾. Die Dauer der vorläufigen Vormundschaft hängt entweder von ihrer "natürlichen Beendigung", dem Wegfall des sie begründenden Umstandes (§ 1908 BGB) oder von der Überleitung der

1) Kein Interessenschutz für Dritte, einzig für den Betroffenen selbst, Gernhuber § 68 I 4.

2) vgl. Dernburg § 63 S. 153.

3) vgl. LG Zwickau ZBIFG 1, 865.

vorläufigen in eine endgültige Vormundschaft aufgrund eines Entmündigungsbeschlusses ab, die in Form eines EV erfolgt und in dem das Vorliegen der E-Voraussetzungen unter Wahrung der rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien überprüft wird.

Das KG¹⁾ hat in seiner Entscheidung - im Gegensatz zu der des LG Zwickau²⁾ - keine Stellung zur zeitlichen Fixierung der "Vorläufigkeit" i.S. v. § 1906 BGB bezogen. Durch diese Unterlassung wurde die Möglichkeit eröffnet, unter Umgehung des EV vormundschaftlichen Schutz auch in solchen Fällen zu gewähren, in denen es dem Betroffenen gesundheitlich nicht zugemutet werden kann, den seelischen Strapazen eines EV ausgesetzt zu werden oder - bei Besserungsmöglichkeit einer geistigen Erkrankung, beispielsweise durch Heilbehandlung mittels Psychopharmaka³⁾ - das förmliche EV auszusetzen (vgl. § 681 ZPO), aber dennoch schon rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten auf den Betroffenen zu erhalten (z.B. Unterbringung in einer Heilanstalt nach § 1800 II BGB).

Durch die Vermeidung einer zeitlichen Fixierung der Dauer der v.V. konnten so E - folgen auf unbestimmte Dauer eintreten, ohne daß jemals das Vorliegen der E-Voraussetzungen in dem eben oft langwierigen und förmlichen, aber mit allen rechtsstaatlichen Garantien abgesicherten Verfahren überprüft worden sind.

III. Pflegschaft - § 1910 BGB

1. Neben der Entmündigung als Betreuungsmaßnahme kennt das Gesetz die Gebrechlichkeitspflegschaft (§ 1910 BGB). E und Gebrechlichkeitspflegschaft stehen systematisch

1) KG OLG Rspr. 27, 122 ohne Begrenzung der Dauer; vgl. in der Beeck/Wuttke NJW 1968, 2268.

2) LG Zwickau, a.a.O.

3) In der Beeck/Wuttke, a.a.O.

voneinander getrennt. Beide Betreuungsformen gehen von unterschiedlichen Voraussetzungen aus und haben unterschiedliche Rechtsfolgen; von einer gegenseitigen Ergänzung dieser Vorschriften kann daher nicht gesprochen werden¹⁾. § 1910 BGB unterscheidet zwei Fälle der Gebrechlichkeitspflegschaft: eine umfassende Pflegschaft bei körperlichen Gebrechen (Abs. 1) und eine auf einzelne oder auf einen bestimmten Kreis der Angelegenheiten beschränkte Pflegschaft (Abs. 2) bei körperlichen und geistigen Gebrechen. Unter Gebrechen i.S. dieser Vorschrift ist eine mit dauernder (wenn auch heilbarer) Schwächung der geistigen und körperlichen Kräfte verbundene Störung der Gesundheit zu verstehen²⁾. Die Pflegschaft kann nur dann und nur solange angeordnet werden, wenn und solange der Kreis der Angelegenheiten bestimmbar ist und ein Fürsorgeerfordernis noch nicht für alle oder einen überwiegenden Teil der Angelegenheiten besteht.

Die Gebrechlichkeitspflegschaft darf nur mit Einwilligung des Gebrechlichen erfolgen (§ 1910 III BGB); sie schränkt die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen selbst nicht ein, solange diese nicht durch § 104 Ziff. 2 BGB ausgeschlossen ist.

1) So aber Palandt-Diedrichsen § 1910, 1.

2) Staudinger-Engler § 1910 Rdnr. 2.

Die Stellung des Pflegers entspricht der eines Bevollmächtigten kraft hoheitlicher Bestellung¹⁾. Die Pflegschaft ist aufzuheben, wenn der Pflegebefohlene die Aufhebung beantragt (§ 192o BGB).

-
- 1) Die h.M. (Dölle II § 141 V 2; Gernhuber § 69 VI 4, Palandt-Diedrichsen § 191o, 4; Soergel-Siebert-Germer vor § 19o9 Rdnr. 7) differenziert zwischen Pflegschaft "bei geschäftsfähigen und geschäftsunfähigen Gebrechlichen": bei ersteren soll der Pfleger nur staatlich Bevollmächtigter, bei letzteren gesetzlicher Vertreter sein.

Gegen diese letztgenannte Auffassung spricht das Gesetz selbst. § 1915 BGB erklärt die Vorschriften über die Vormundschaft "für entsprechend anwendbar". Damit ist aber nichts darüber ausgesagt, daß der Pfleger eines geschäftsunfähigen Gebrechlichen dessen gesetzlicher Vertreter ist.

Wenn das Gesetz von gesetzlicher Vertretung spricht, sieht es auch regelmäßig eine gesetzliche Grundlage vor, die eine solche gesetzliche Vertretung begründet (vgl. §§ 26 II, 1626, 1896 BGB).

§ 1915 BGB meint dagegen nur die Vorschriften über die Führung der Vormundschaft. Eine "entsprechende Anwendbarkeit" will (aber) nur den Gedanken eines Rechtsinstituts auf ähnlich gelagerte Fälle ausdehnen, nicht aber ist eine solche Verweisung ein gesetzlicher Begründungstatbestand für eine Vormundschaft mit den an sie geknüpften Rechtsfolgen.

Um eine gesetzliche Vertretung über Volljährige begründen zu können, bedarf es der gerichtlichen Feststellung im Rahmen des EV, daß die Voraussetzungen einer Vormundschaft und somit einer gesetzlichen Vertretung vorliegen. Eine dementsprechende Begründungsvoraussetzung liegt bei § 1915 BGB dagegen nicht vor. Die Tatsache der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen allein gibt aus sich heraus kein Recht zur gesetzlichen Vertretung.

Der Begründungsakt der Vertretung bei Pflegschaft liegt allein in der hoheitlichen Bestellung des Pflegers, durch die allein eine Vertretung des Gebrechlichen begründet wird: Auf diese sind die Vorschriften über die Vormundschaft entsprechend anzuwenden. Insoweit ist auch die Meinung richtig, daß der Pfleger staatlich Bevollmächtigter sei: Diese Meinung geht eben nicht von einer "gesetzlichen" Vertretung aus. Wenn die h.M. konsequent wäre, müßte sie auch bei geschäftsfähigen Gebrechlichen eine gesetzliche Vertretung annehmen.

2. Gebrechlichkeitspflegschaft als Ersatzform

Die Gebrechlichkeitspflegschaft darf nur mit Einwilligung des Gebrechlichen erfolgen, es sei denn, eine Verständigung mit ihm ist ausgeschlossen (§ 191o III BGB). Die Rechtsprechung¹⁾ hat in den Fällen der GK die Erforderlichkeit der Einwilligung deshalb verneint, weil mit einem GK, der keinen rechtsgeschäftlichen Willen (§ 1o4 Ziff. 2 BGB) hat und daher einen solchen nicht äußern kann, eine Verständigung nicht möglich und daher eine Zustimmung (als rechtsgeschäftliche Willenserklärung nach §§ 182 ff. BGB²⁾) nicht erforderlich sei.

Durch die so zwangsweise erfolgte Pflegschaftsanordnung (Zwangspflegschaft) wird in den Fällen, in denen zwar die Voraussetzungen für eine Entmündigung vorliegen, das Fürsorgebedürfnis sich aber nur auf "bestimmte" Angelegenheiten beschränken läßt³⁾, eine E jedoch einen zu starken Eingriff in die Rechtspersönlichkeit darstellen würde, mit einer verhältnismäßigeren Maßnahme Schutz gewährt, wobei gleichzeitig das umständliche und langdauernde Entmündigungsverfahren vermieden wird.

1) RGZ 52, 24o ff.; BGHZ 15, 262 (268); BGH FamRZ 1961 367; KG ZBlFG 1, 549 (559); DJZ 19oo, 142; Bay. OLG Recht 19o6, 132o.

2) Enneccerus-Kipp-Wolff § 128 III S. 554; BGHZ 35, 1 (5) m.w.N. Staudinger-Engler § 191o, Anm. 1o. Bestimmung zu einer behörtl. Maßnahme, die nicht den Voraussetzungen der §§ 182 ff. unterliegt.

3) RGZ 52, 24o (244), 65; 199 (2o2); OLG Karlsruhe FamRZ 57, 423.

3. Kapitel

Darstellung des geltenden formellen Entmündigungsrechtes

I. Entmündigungsverfahren - §§ 645 ff. ZPO

A. Historische Entwicklung

1. Historische Hintergründe

Das formelle Entmündigungsrecht wurde vor der Kodifikation der CPO¹⁾ von den einzelnen deutschen Staaten selbständig geregelt.

Hierbei wurden zwei Verfahrensarten unterschieden: Das gemeine Recht²⁾ ordnete ehemals, wie verschiedene Partikularrechte³⁾, das EVR der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zu, wohingegen das preußische⁴⁾, französische⁵⁾ und württembergische⁶⁾ Recht einen Entmündigungsprozeß mit kontradiktorischem Verfahrensablauf vorsahen.

Bestrebungen, in Deutschland ein einheitliches Recht zu schaffen, führten 1864 für die preußischen Staaten zu einem "Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten", in dem das EV als selbständiges Klageverfahren ausgestaltet war (§§ 887 ff. des Entwurfs).

Den gleichen Zweck auf dem Gebiet des Vormundschaftsrechts verfolgte die preußische Vormundschaftsordnung (VO) aus

1) Zivilprozeßordnung von 1877 bis zur Novelle vom 17.5.1898 (RGBl. 189).

2) Roth Bay. Civilrecht § 105 Anm. 13 ff.; Böhlau Mecklenb. Privatrecht § 119 (kritisch hierzu S. 288); s. im einzelnen Daude S. 4.

3) § 1981 sächs. BGB iVm. VO v. 9.1.1865 § 74.

4) PrALR II 18 §§ 13 ff.; Pr. AGO 38, Titel "Vom Verfahren bei der Erklärung eines Menschen für einen Blödsinnigen oder Verschwender".

5) Art. 888 ff. code de procédure civile.

6) Bad. LR Art. 490 ff.

dem Jahre 1875. Materiell entsprachen die Vorschriften der VO im großen ganzen den heutigen im Vormundschaftsrecht des BGB; die formellen Vorschriften entsprachen denen der §§ 34 FGG. Das Entmündigungsverfahren (EVR) wurde weiterhin dem Privatstreitverfahren zugeordnet, obwohl es wesensmäßig der VO näherstand.

Die CPO von 1877 brachte eine erste reichseinheitliche Regelung des Prozeßverfahrens; das EVR wurde infolge des dominierenden preußisch- und französisch-rechtlichen Einflusses dem Zivilprozeß zugeordnet.

Die zivilrechtlichen Vorschriften der Staaten über die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken blieben durch die CPO mangels eines einheitlichen materiellen Rechts unberührt¹⁾; den Grad des Entzuges der Handlungsfähigkeit bestimmten weiterhin die Gesetze der einzelnen Staaten²⁾³⁾.

Erst die Kodifikation des BGB schaffte eine Einheit materiellen und formellen Rechts.

2. Entwicklung des EVR bis zur Einführung des BGB

Der erste Entwurf der CPO sah sowohl bei Geisteskrankheit wie bei Verschwendung den gleichen Entmündigungsprozeß vor⁴⁾. Zuständig war das Landgericht⁵⁾; die Entscheidung sollte nach vorangegangener kontradiktorischer Verhandlung durch Urteil ergeben⁶⁾, denn so hieß es wörtlich: "Die wichtigen Folgen der E erfordern dringend ein in den schützenden Formen des Zivilprozesses verlaufendes kontradiktorisches Verfahren und lassen die größere Weitläufigkeit und Kostspieligkeit der Prozedur

1) Dernburg-Schultzenstein § 94 S. 387.

2) Dernburg-Schultzenstein a.a.O. Fußn. 8.

3) Gaupp-Reitzenstein S. 95.

4) Hahn S. 72/73.

5) § 569 I des Entwurfs.

6) § 568 des Entwurfs.

als bedeutungslos zurücktreten. Auch weisen vielfach gemachte Erfahrungen auf das Bedürfnis nicht einer Verminderung, sondern gerade der Verstärkung der in den bestehenden Rechten gebotenen Garantien hin¹⁾.

Gegen die Zuordnung des EV zur Civilrechtspflege wurde eingewandt, daß das EVR seiner Funktion nach der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zugehöre²⁾. Diese Bedenken wurden zurückgewiesen, "denn die Erlassung eines Reichsgesetzes über das EV als Akt der nichtstreitigen Rechtspflege würde voraussetzen, daß für diese ein gleicher Behördenorganismus" bestehe³⁾, den das GVG nur für die streitige, nicht aber für die nichtstreitige Rechtspflege schaffe⁴⁾.

Im Zuge der Beratungen wurde der ursprüngliche Entwurf indes entscheidend geändert.

Für die Änderung der im Entwurf vorgeschlagenen erstinstanzlichen Zuständigkeit des Landgerichts war entscheidend, daß die "Kostspieligkeit und Kompliziertheit" des landgerichtlichen Apparats nicht nötig sei und für die heilbaren Fälle nicht passe⁵⁾, außerdem das Vertrautsein des Amtsrichters mit den lokalen und persönlichen Verhältnissen des Interdizenten und seiner Familie von Vorteil sei, die erstinstanzliche Behandlung vor den Landgerichten mit Transportproblemen der Irren verbunden sei und außerdem noch Anwaltskosten entstünden, die beim Amtsgericht entfielen; bei der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte kämen nur zweifelhafte Fälle vor die Landgerichte⁶⁾.

Die ursprünglich vorgesehene einheitliche Behandlung von GK und V wurde abgelehnt, weil die jeweiligen Voraus-

1) Hahn, Begründung S. 407.

2) Hahn, Protokolle d. Kommission, S. 764. (Abg. Bähr).

3) Hahn, a.a.O., S. 765 (Abg. Zinn).

4) i.e. Birkmeyer ZZP 7, 119 Fußn. 103 ff.

5) Hahn, Protokolle, S. 767 (Abg. Zinn); S. 770/771 (Abg. Miquél).

6) Hahn, a.a.O., S. 767 (Abg. Zinn).

setzungen total verschieden seien¹⁾.

Der auf Grundlage dieser Überlegungen erstellte Kommissionsvorschlag wich nur noch in redaktionellen Teilen von der Endfassung ab: An das vor dem Amtsgericht aufgrund eines Antrages eingeleitete Verfahren, einem in fakultativer mündlicher Verhandlung stattfindenden, der freiwilligen Gerichtsbarkeit nahestehenden Beschlußverfahren, schließt sich ein Entmündigungsanfechtungsverfahren (EAV) vor dem Landgericht mit kontradiktorischer Verhandlung an. Vorschläge, die Einleitung des Verfahrens von Amts wegen oder neben einem Privatantrag hilfsweise die Offizielleinleitung zuzulassen, wurden abgelehnt²⁾.

Die Kodifikation des BGB brachte die neuen Entmündigungsgründe GSchw und T, was eine Angleichung der prozessualen Vorschriften an die geänderten materiellen Verhältnisse erforderlich machte. Verfahrensmäßig wurde hierbei die E wegen GSchw der E wegen GK aus Gründen ihrer wesensmäßigen Einheitlichkeit³⁾ gleichgestellt, während die E wegen Trunksucht dem E-Verfahren wegen Verschwendung zugeordnet wurde, da "die Gründe, die zu der Vorschrift E wegen V geführt haben, auf den letzteren (T) zutreffen"⁴⁾.

3. Zusammenfassung

Das geltende EVR ist ein Kompromiß aus Elementen des flexiblen FG-Verfahrens und des förmlichen kontradiktorischen Zivilprozesses. Die Zuordnung des EVR zur CPO trotz wesensmäßiger Verwandtschaft zum FG-Verfahren folgt aus der z.Z. der Entstehung der CPO noch nicht vorgesehenen Kodifizierung eines reichseinheitlichen FG-Verfahrens-

1) Hahn, Protokolle, S. 903/904 (Abg. Eysoldt).

2) Hahn, Protokolle, S. 770 (Abg. Struckmann), 777/778.

3) vgl. Hahn-Mugdan, Begründung des Entwurfs, S. 127.

4) Hahn-Mugdan, a.a.O., S. 129.

gesetzes einerseits und der größeren verfahrensrechtlichen Garantien des Zivilprozeßverfahrens andererseits. Die Einführung des BGB mit seinen neuen Entmündigungsgründen GSchw und TS bewirkte eine Übernahme der neuen Entmündigungsgründe in das EVR unter Gesichtspunkten wesensmäßiger Gleichartigkeit.

B. Statistische Häufigkeit

Die statistische Häufigkeit der Entmündigungen in der Bundesrepublik ergibt im Vergleich zur wahlberechtigten Bevölkerung bei den Bundestagswahlen im Jahre 1969 (38 658 363 Wahlberechtigte)¹⁾ folgendes Bild:

Statistik 1

	EV ¹⁾	erfolgte E	GK GSchw	T	V
1968 ²⁾	8.358	4.256	3.980	264	12
1969 ³⁾	9.107	4.427	3.050	366	11

1) Umfassen auch Aufhebungsverfahren

2) Ohne Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein

3) Ohne Niedersachsen.

Die größte Entmündigungshäufigkeit unter den Bundesländern haben - der Zahl ihrer Einwohner entsprechend - Bayern und Nordrhein-Westfalen:

Statistik 2

		EV	erfolgte E	GK GSchw	T	V
Bayern	1968	1.887	1.028	996	27	5
	1969	1.574	842	810	32	-
NRW	1968	4.853	2.471	2.285	183	3
	1969	4.976	2.470	2.216	250	4

1) Archiv der Gegenwart S. 14 944.

Auffallend ist bei beiden Statistiken, daß nur ein Teil der eingeleiteten Verfahren mit der Bestellung eines Vormundes endet.

Beachtlich ist weiterhin, daß im Vergleich zu den erfolgten Entmündigungen nur wenige Entmündigte (keine 10 % pro Jahr) gegen den Beschluß in Form einer Anfechtungsklage vorgehen.

Statistik 3

	BRD	Bayern	NRW
1968	181 ¹⁾	32	103
1969	211 ²⁾	42	104

1) s.o. Statistik 1 N. 2

2) s.o. Statistik 1 N. 3

Von diesen Fällen werden nur noch ganz vereinzelte an das Oberlandesgericht weitergezogen.

Statistik 4

	BRD	Bayern	NRW
1968	17	6	7
1969	22	4	11

Nur ganz vereinzelt wurde der BGH zur Entscheidung angegangen:

Statistik 5

1962:	3
1964:	1
1965:	1
1967:	1
1969:	1

Seit seiner Errichtung wurden beim Bundesgerichtshof insgesamt zwölf Entmündigungssachen entschieden.

C. Das EVR im einzelnen

Die verfahrensrechtlichen Entmündigungs- und Wiederaufhebungsvoraussetzungen regeln die §§ 645 ff. - 687 ZPO.

1. Allgemeine Darstellung

Das Entmündigungsverfahren stellt sich als ein Gestaltungsverfahren sui generis dar. Während bei den in der ZPO üblichen Gestaltungsverfahren dem Kläger ein subjektives Recht auf Änderung der materiellen Rechtslage zusteht, hat im Entmündigungsbeschlußverfahren keiner der Beteiligten ein derartiges Recht¹⁾.

In einem vor dem Amtsgericht des allgemeinen Gerichtsstandes stattfindenden Beschlußverfahren (Entmündigungs- bzw. Wiederbemündigungsbeschluß) und einem sich daran anschließenden Anfechtungs- bzw. Aufhebungsverfahren vor dem Landgericht wird über das Nicht- bzw. Wiederbestehen der Geschäftsfähigkeit entschieden.

Hierbei trennt die ZPO zwischen den Entmündigungsverfahren wegen GK und GSchw einerseits (§§ 645 - 679 ZPO) und T und Verschwendung andererseits (§§ 680 - 687 ZPO). Die Entmündigung kann nur auf Antrag hin erfolgen (§§ 645, 680 II ZPO), der von einem Privatantragsteller (§§ 646 I, 680 III ZPO) oder von einem Vertreter des öffentlichen Interesses (§§ 646 II, 680 V ZPO) gestellt werden kann. Eine Beifügung eines ärztlichen Zeugnisses zum Antrag ist nicht zwingend vorgeschrieben (§ 649 ZPO "kann"), wird aber durch seine Anordnung zur Verfahrens-

1) vgl. Lent ZZP 66, 267;
Friedlaender AcP 86, 446.

voraussetzung¹⁾).

Beherrschend für die Beschlußverfahren und die Urteilsverfahren ist der Untersuchungsgrundsatz (§§ 653, 680 III bzw. 670, 622 ZPO), der eine umfassende Aufklärung des Sachverhaltes garantiert.

2. Stellung der Verfahrensbeteiligten

a) Der zu Entmündigende im Entmündigungsbeschlußverfahren (EBV).

Während der Entmündigte in dem Anfechtungsprozeß bzw. Aufhebungsverfahren eine "echte" Parteistellung hat²⁾, ist die verfahrensrechtliche Stellung des zu Entmündigenden im EBV umstritten.

Die Skala der Meinungen geht von "einem zivilprozessualen, aber parteilosen Inquisitionsprozeß"³⁾, in welchem dem zu Entmündigenden jegliche Parteiqualität abgesprochen wird⁴⁾, bis hin zu der Auffassung, der zu Entmündigende sei - wie der Antragsteller - Partei des Entmündigungsverfahrens⁵⁾.

-
- 1) STJ Schlosser § 649 III; Petersen-Anger § 649, 1; Seuffert-Walsmann § 649, 1, aber nur dann, wenn nicht schon andere Anhaltspunkte die Entmündigungsvoraussetzungen bestätigen.
 - 2) Baumbach-Lauterbach §§ 664, 3; RGZ 68, 404.
 - 3) Kohler Forschungen S. 109.
 - 4) RGZ 81, 193 (197); KG Rspr. 15, 76; OLG Naumburg Rspr. 29, 149; Petersen-Anger § 653 Nr. 2; Sydow-Busch § 653 Nr. 2: "keine Partei, sondern Gegenstand zur Beobachtung".
 - 5) Foerster-Kann Allg. Bem. vor § 645 N. 2 a. Abzulehnen Baumbach-Lauterbach Übers. § 645 I 2 A, die dem zu Entmündigenden eine Stellung wie dem Privaten im Verwaltungsgerichtsverfahren einräumen: dieser macht einen eigenen subjektiven Anspruch geltend, den der zu Entmündigende in diesem Maße nicht hat. Ziel des verwaltungsgerichtl. Verfahrens ist die Entscheidung über den Anspruch; Ziel des EV hingegen ist Gewährung eines Schutzes.
Mit Recht einschränkend Bunsen ZZP 26, 197 (211 f.) "Partei im weiteren Sinne".

Der zu Entmündigende ist keine Partei im zivilprozessualen Sinne.

Versteht man unter Parteien im Zivilprozeß diejenigen Personen, von welchen und gegen welche die staatliche Rechtsschutzhandlung im eigenen Namen begehrt wird¹⁾, also unabhängig von der subjektiven Rechts-Trägerschaft des materiellen Parteibegriffs²⁾, so ergibt sich für das EBV, daß gegen den zu Entmündigenden überhaupt keine Rechtsschutzhandlung, sondern im Gegenteil, eine Rechtsschutzhandlung für den zu Entmündigenden gefordert wird.

Um die prozessuale Rechtsstellung des zu Entmündigenden zu definieren, muß auf die Besonderheit des E B V eingegangen werden: Es soll hier nicht - wie in den zivilprozessualen Streitsachen - , ein Streitiges Rechtsverhältnis entschieden werden, da es an einer im Streit befindlichen Rechtssache fehlt. Es sollen stattdessen die Voraussetzungen, die das materielle Recht für eine Entmündigung verlangt, festgestellt werden.

Der zu Entmündigende ist materiell Beteiligter, er wird durch das EV in seinen Rechten betroffen. Das Gesetz geht aber nicht soweit, ihm wie den "legitimi contradictores" des Streitigen Rechtsverhältnisses eine materielle Parteistellung einzuräumen³⁾, d.h. Partei wegen des rechtlichen Betroffenseins zu sein. Es beschränkt sich darauf, den z.E. nur als tatsächlich am Verfahren Beteiligten zu behandeln. Da es aber in EV um die Rechte des Betroffenen geht, er aber gerade deshalb nicht weniger schutzwürdig als jede "Partei" eines Streitverfahrens ist, muß man ihm, um ihn vor Willkür und vor einer Rolle des bloßen Verfahrensobjekts zu schützen, schon wegen seiner tatsächlichen

1) Rosenberg-Schwab § 40 I 1.

2) vgl. Rosenberg-Schwab a.a.O.

3) Lent-Jauernig § 93 II 2, StJ. Schlosser Vor. § 645 III 1, Nikisch S. 576 "Einräumung gewisser Parteirechte".

Beteiligung zumindest eine formelle Parteistellung und hierdurch bedingt die prozessualen Schutzrechte einer Partei, das Recht, Beweise bezeichnen und sich zum Beweis-Ergebnis äußern zu können, zuerkennen¹⁾.

Die Einfügung des Entmündigungsrechts in die ZPO bezweckte ja gerade die Gewährleistung der Sicherheiten, die nur dieses kontradiktorische Verfahren gab. In diesem Sinne sind dem Interdizenten die formellen Parteirechte, die einer beklagten Partei in einem dem Untersuchungsgrundsatz unterliegenden Zivilverfahren zustehen, ebenfalls zuzuordnen.

b) Stellung des privaten Antragstellers

Der private Antragsteller ist "Initiator" des EBV. Er hat kein eigenes Recht auf E des Betroffenen²⁾, somit auch keine materielle Parteistellung. Er behauptet kein eigenes Recht³⁾. Er ist wegen der ihm gesetzlich zugeordneten Stellung nur formell Beteiligter, obwohl die ZPO (§ 656) ihm ein Zustimmungsrecht zur Einweisung in die Heilanstalt des Betroffenen gibt⁴⁾. Er tritt im Prozeß aufgrund eines gesetzlich zugeordneten Antrags-

- 1) Bay. OBLG ZPP 55, 302 verneinte dieses Recht, sowohl dem zu Entmündigenden als auch seinem Prozeßbevollmächtigten.
- 2) Friedlaender AcP 86, 446; Lent ZPP 66, 267; Levis S. 176 sieht in der Antragstellung des Privaten nur ein Recht auf staatliche Organstätigkeit, aber kein eigenes Recht.
- 3) Seuffert-Walsmann § 653, 2; Baumbach-Lauterbach § 653 B 2; a.A. Foerster-Kann a.a.O.
- 4) Vgl. Friedlaender AcP 89, 206/207; Seuffert-Walsmann (§ 656, 1) halten es für "einigermaßen sonderbar", daß die Verbringung in eine Heilanstalt stets von der Zustimmung des Antragstellers abhängig, aber: "so steht es im Gesetz". Weder aus der Begründung der "Novelle einer CPO" (Hahn-Mugdan S. 129) noch aus den Kommissionsberichten (Hahn-Mugdan S. 389) lassen sich Gründe hierfür herleiten. Allenfalls ist die Erklärung möglich, daß der Antragsteller idR Familienangehöriger war und als solcher für die Kosten der Unterbringung aufkommen mußte.

rechts auf und bleibt auch im Laufe des Verfahrens kraft Gesetzes Beteiligter. Aus diesem Grund muß man ihm aber die formellen Parteirechte einräumen, damit er - da er bei Nicht-E des Betroffenen (§ 682 ZPO) oder bei Verschulden bei Antragstellung (658 II) das Kostenrisiko trägt - prozessual die gleichen Angriffs- und Abwehrrechte besitzt, die einer klagenden Partei zustehen, um die Begründetheit des Antrags nachweisen zu können.

c) Stellung der öffentlichen Antragsteller

Die öffentlichen Antragsteller, die Staatsanwaltschaft (§ 646 II ZPO) und die Sozialbehörden und Gemeinden (§ 680 ZPO) sind Parteien kraft Gesetzes; es stehen ihnen dementsprechend die formellen Parteirechte zu.

3. Verfahrensmaximen im Beschlußverfahren

Im EBV gelten nicht alle Prozeßmaximen des Parteistreitverfahrens entsprechend.

Die Mündlichkeit der Verhandlung (§ 128 ZPO) ist fakultativ¹⁾, sie wird aber häufig zur schnelleren Klärung von Sachfragen nötig sein. Das Gesetz steht einer Mündlichkeit der Verhandlung zumindest nicht entgegen²⁾.

Die Öffentlichkeit ist gem. § 171 II GVG in den Fällen der GK und GSchw ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 171 II GVG gilt nicht in den Fällen der T und V³⁾.

1) StJ Schlosser vor § 645 III 2; Petersen-Anger § 653 N. 2 "Es gibt darin keine Parteien und ebensowenig eine mündliche Verhandlung".

2) StJ Schlosser a.a.O.

3) Baumbach-Lauterbach § 171 GVG, 1; StJ Schlosser a.a.O. IV; a.A. Wieczorek § 171 A GVG, der entsprechende Anwendbarkeit bejaht; Seuffert-Walshmann Vorbem. § 645 N. 3 a, entnehmen eine Nichtöffentlichkeit der Verhandlung bei T und V aus § 169 GVG, da die amtsgerichtl. Verhandlung keine Verhandlung vor dem erkennenden Gericht i.S. von 169 GVG ist.

Der zu Entmündigende hat ein Recht auf Anwesenheit während der Verhandlung¹⁾. Er hat Anspruch auf rechtliches Gehör (§ 653 I 2 ZPO²⁾); dieses Recht steht ihm auch dann zu, wenn er prozeßunfähig ist³⁾.

Dem Antragsteller als formell Beteiligten wird ebenso ein Recht auf Gehör zugesprochen⁴⁾ und daraus folgend ein Recht auf Anwesenheit⁵⁾.

Als Beweismittel sind neben Zeugen- und Sachverständigenvernehmung (§ 653 II ZPO) auch Urkundenvorlage und Augenscheinseinnahme zulässig⁶⁾. Die Beweisaufnahme erfolgt nach den Regeln des Strengbeweises⁷⁾, ohne daß jedoch ein förmlicher Beweisbeschluß erfolgen muß⁸⁾.

Obwohl § 653 II ZPO nur auf die §§ 373 - 414 ZPO verweist, gelten die allgemeinen Vorschriften über die Beweisaufnahme entsprechend⁹⁾, somit die Prinzipien der Unmittelbarkeit (§ 355 ZPO) und Parteioffentlichkeit (§ 357 ZPO)¹⁰⁾; letzteres Recht gilt auch für den Antragsteller¹¹⁾.

-
- 1) nach Wieczorek § 653 B I nur wenn Termin anberaumt ist, ablehnend: RG 81, 196 (199); Sydow-Busch § 653 N.2.
 - 2) erst eingefügt durch die Novelle der ZPO im Jahre 1898.
 - 3) Hamann Anw. Bl. 58, 146; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 Rdnr. 91.
 - 4) Wieczorek § 653 A I b 1 billigt es ihm im Beschlußverfahren nicht zu - "er kann sich durch die Beschwerde (663) Gehör verschaffen"; generell verneinend Friedlaender AcP 86, 451.
 - 5) StJ Schlosser § 653 II 2.
 - 6) Foerster-Kann § 653 N.2; StJ Schlosser § 653 IV 2; Wieczorek § 653 B III d hält auch Parteivernehmung für zulässig.
 - 7) Baumbach-Lauterbach § 653, 2 A; Zöller-Karch § 653; Wieczorek § 653 III.
 - 8) Peters S. 73 f.
 - 9) StJ Schlosser a.a.O. IV; Wieczorek § 653 B III.
 - 10) Hellwig, System 2 II, S. 38; Foerster-Kann a.a.O.; unbeschränkte Geltung nach Levis S. 253 u. Baumbach-Lauterbach § 357 A 1; dagegen Petersen-Anger § 653 N.5; Seuffert-Walsmann § 653 N. 3; Friedlaender a.a.O.
 - 11) StJ Schlosser a.a.O. II; Baumbach-Lauterbach § 653 C; dagegen Sydow-Busch § 653 N.2.

4. Rechtsstellung der Beteiligten im Beweisverfahren

a) Antragsteller

Streitig ist, ob der Antragsteller als Zeuge oder als Partei zu vernehmen ist.

Die überwiegende Meinung¹⁾ nimmt eine Vernehmung des Antragstellers als Zeugen an, während Schlosser²⁾ ihn entsprechend § 619 ZPO vernehmen will; Wieczorek³⁾ bejaht Parteivernehmung.

Entscheidend für die dogmatische Unterscheidung ist die Stellung des Antragstellers im Verfahren überhaupt. Er hat kein subjektives Recht im Verfahren, besitzt dementsprechend keine materielle Beteiligtenstellung. Er ist formell Beteiligter mit nur formellen Parteirechten.

Eine Vernehmung des Antragstellers als Partei scheidet aus. Das Gesetz bezweckt durch die Parteivernehmung, die Kenntnisse der Partei, die den Streitgegenstand betreffen, beweisrechtlich verwertbar zu machen. Die §§ 445 ff. ZPO gehen als typisch von einer solchen Partei aus, deren Rechte und Rechtsposition im Streitgegenstand prozessuale Konkretisierung gefunden haben, also von dem materiell Beteiligten, der Partei mit materieller Parteistellung. Uninteressant für die Fälle der §§ 445 ff. ZPO und daher bedeutungslos ist eine Partei in solchen Verfahren, in denen sie niemals selbst materiell beteiligt sein kann, so wie der Antragsteller im EV, der eben eine nur formelle Parteistellung besitzt. Er steht dem materiellen Inhalt des Beweisthemas ebenso "fremd" gegenüber wie ein Zeuge. Daher kommt nur eine Vernehmung des An-

1) Seuffert-Walsmann § 653 N. 2, Daude S. 29, Petersen-Anger § 653 N. 5; Baumbach-Lauterbach § 653 B 2; vgl. auch § 631 II d. Entwurfs einer ZPO von 1931; verneinend Levis S. 261.

2) § 653 IV.

3) § 653 B III c 2 und B III c 8.

tragstellers als Zeuge in Frage. Darüber hinaus ist Zweck der Regelungen über die Parteivernehmungen, der Partei selbst Pflichtenkollisionen zu ersparen. Dieser Zweck tritt aber gegenüber dem privaten Antragsteller im EV in den Hintergrund.

Problematisch ist es, dem das Verfahren einleitenden Antragsteller ein Zeugnisverweigerungsrecht einzuräumen. Baumbach-Lauterbach¹⁾ vertreten die Ansicht, der Antragsteller habe kein Zeugnisverweigerungsrecht. Jedoch ist eine mehr differenzierende Lösung angebracht: ist der Antragsteller Familienangehöriger, steht ihm entsprechend § 383 I Ziff. 2 und 3 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zu²⁾³⁾, ist er es nicht, muß ein Zeugnis - im Zweifel auch zwangsweise - erfolgen (§§ 653, 390 ZPO); entsprechendes gilt für die Angehörigen des Antragstellers: ihnen steht aus dem Verwandtschaftsgrad zum Antragsteller kein Zeugnisverweigerungsrecht zu, da dieser nicht materiell Beteiligter ist⁴⁾. Besteht aber gleichzeitig eine verwandtschaftliche Beziehung zu dem Betroffenen, besteht auch im Rahmen des § 383 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht.

b) des zu Entmündigenden

Der zu Entmündigende ist materiell Beteiligter, dem zivilprozeßrechtlich eine materielle Parteistellung fehlt - ihm sind zivilprozessual trotz materieller Beteiligung nur die formellen Parteirechte zugeordnet (Anwesenheitsrecht, Beweisbenennungsrecht, Recht auf Gehör, Ablehnung der Sachverständigen⁵⁾ und Fragerecht an Zeugen⁶⁾). Unab-

1) § 653 B 2, so auch Sydow-Busch § 653 N.5, Friedlaender AcP 86, 450/451.

2) so auch StJ Schlosser a.a.O.

3) vgl. Levis S. 255/56; a.A. Friedlaender a.a.O.

4) StJ Schlosser a.a.O.

5) StJ Schlosser a.a.O.

6) StJ Schlosser a.a.O.; a.A. Levis S. 253;

Wieczorek § 653 B III c 4.

hängig von dieser formellen Parteistellung ist die Stellung des Interdizenten im Beweisverfahren zu sehen. Zeuge kann er nicht sein¹⁾, weil er als materiell Beteiligter "Partei" in eigener Sache ist. Eine Parteivernehmung des Betroffenen i.S. v. §§ 445 ZPO scheidet wegen der Besonderheit des EBV aus, denn das Gericht soll seinen Zustand feststellen und es kommt nicht etwa darauf an, von ihm bestimmte Tatsachen wahrheitsgemäß zu erfahren, wie dies sonst bei den Parteivernehmungen der Fall ist²⁾. Der zu Entmündigende ist zu vernehmen (§ 654 I ZPO); er ist beweisrechtlich Augenscheinsobjekt³⁾.

Der zu Entmündigende ist im EBV materiell Beteiligter mit formeller Parteistellung, beweisrechtlich aber Augenscheinsobjekt.

Der zu Entmündigende ist unter Hinzuziehung eines Sachverständigen zu vernehmen und anzuhören (§§ 654, 655 ZPO), was wiederum nicht für die Fälle der T und V gilt: der Betroffene kann mit Zustimmung des Antragstellers zur ärztlichen Feststellung seines Geisteszustandes in einer Anstalt untergebracht werden (§ 656 I ZPO).

Die Entmündigung wird mit der Zustellung des Beschlusses wirksam bzw. durch Bestellung eines Vormundes bei Geisteskrankheit (§§ 660, 661, 683 II ZPO), ohne daß die Rechtskraft des Beschlusses eingetreten zu sein braucht⁴⁾. Gegen den die E ablehnenden Beschluß ist sofortige Beschwerde zulässig (§ 663, 680 III ZPO).

§ 681 ZPO ermöglicht für die Fälle der T und V eine Aussetzung der Beschlußfassung, wenn eine Möglichkeit der

-
- 1) Baumbach-Lauterbach § 653 B 2.
 - 2) vgl. Wieczorek § 653 B III d; Sydow-Busch § 653 N.2 "Keine Partei, sondern Gegenstand zur Beobachtung".
 - 3) OLG Dresden Seuff. Arch. 55, 123.
 - 4) Zöllner-Karch § 661, 1.

Besserung besteht; diese Vorschrift hat keine Entsprechung für GK und GSchw.

Die Kosten des EV trägt der Entmündigte (§§ 658 I, 682 S. 1 ZPO); erfolgt die Entmündigung nicht, trägt in den Fällen der Geistesstörung die Staatskasse (§ 658 I 2. Alt. ZPO), in einem Falle des Verschuldens des Antragstellers bei Antragstellung dieser die Kosten (658 II ZPO); dagegen hat unabhängig vom Verschulden der Antragsteller die Kosten zu tragen, wenn die beantragte Entmündigung wegen Trunksucht und Verschwendung nicht erfolgt (§ 682 ZPO).

Von der Entmündigung ist dem Vormundschaftsgericht von Amts wegen Kenntnis zu geben (§§ 660, 683 II 2 ZPO).

5. Entmündigungs-Anfechtungsprozeß - §§ 664 ff.; §§ 684 ff. ZPO.

Gegen die Entmündigung ist Anfechtungsklage (§§ 664, 684 ZPO) vor dem Landgericht möglich; der Entmündigte ist prozeßfähig¹⁾ und kann in diesem Rahmen selbständig einen Anwaltsvertrag abschließen²⁾.

Die Anfechtungsklage ist Gestaltungsklage, die auf Beseitigung der eingetretenen materiellrechtlichen Wirkung - Beschränkung oder Aufhebung der Geschäftsfähigkeit - zielt³⁾; sie hat Rechtsmittelfunktion, ohne selbst Rechtsmittel im engeren Sinne zu sein⁴⁾.

Das Anfechtungsverfahren ist als Parteiprozeß ausgestaltet, ohne selbst ein solcher im herkömmlichen Sinne zu sein. Dem klagenden Entmündigten steht der Staatsanwalt

1) RGZ 34, 386; 68, 402 (404); IW 29, 852

Rosenberg-Schwab § 44 II 3 a. E.

2) RG 34, 386 (388); OLG Nürnberg NJW 1971, 1274; Foerster-Kann 664 N. 2 a, macht dessen materielle Wirksamkeit davon abhängig, daß die E aufgehoben wird (§ 115 BGB) - ansonsten ergibt sich der Gebührenanspruch aus nützlicher Geschäftsführung.

3) Schlosser, Gestaltungsklagen S. 111.

4) Weinschenk Bay. RPflZ 1931, 202.

als Beklagter gegenüber (§ 666 I ZPO), dem der Antragsteller i.S. von § 646 I als Streitgenosse beitreten kann (§ 666 III ZPO).

Im Verfahren ist die Verhandlungsmaxime beschränkt (§§ 670, 622 ZPO). Es gelten die Verfahrensmaximen des Parteiprozesses. Die Öffentlichkeit ist während der Vernehmung des Betroffenen nicht zugelassen, kann aber auch während des ganzen Verfahrens ausgeschlossen bleiben (§ 171 I GVG); diese Beschränkung gilt jedoch nur für die Fälle der Geistesstörung.

Es gilt das Amtsermittlungsprinzip bezüglich geschäftsfähigkeitsfreundlicher und -feindlicher Tatsachen. Im Beweisverfahren gelten die Vorschriften über die Beweisaufnahme entsprechend; ausgeschlossen ist die eidliche Parteivernehmung (§ 670 II ZPO).

Im Gegensatz zur Wirksamkeit der E, die schon mit Zustellung des E-Beschlusses eintritt (§§ 683 ZPO), erfolgt die Aufhebung der E infolge Anfechtungsklage erst mit Rechtskraft des Aufhebungsurteils (§§ 672, 684 IV ZPO).

Das Urteil ist mit Berufung und Revision anfechtbar.

Die Kosten des Verfahrens trägt im Unterliegensfall der Betroffene, ansonsten die Staatskasse (§§ 673, 677, 684 IV, 686 IV, 679 IV ZPO).

6. Entmündigungsaufhebungsverfahren - §§675 ff., 685 ff. ZPO

Der Unterschied zwischen Anfechtung und Aufhebung der E liegt darin, daß bei dem einen das Nichtvorliegen des Entmündigungsgrundes zum Zeitpunkt der Beschlußfassung behauptet wird, während bei dem anderen das Nichtmehr-vorliegen des Entmündigungsgrundes Gegenstand der Verhandlung ist.

Das Wiederaufhebungsbeschlußverfahren läuft verfahrensmäßig wie das EBV ab (§§ 676, 685 ZPO); nur mit dem Unterschied, daß der Kreis der Antragsberechtigten auf den Entmündigten, seinen Vormund (§§ 675, 685 S. 2 ZPO) und den Staatsanwalt (§ 675 ZPO) beschränkt bleibt. Dem in diesem Verfahren prozeßfähigen Entmündigten steht ein subjektives Recht auf Aufhebung der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zu.

Bei Ablehnung der Aufhebung aus sachlichen Gründen kann durch Aufhebungsklage (§§ 679, 686 ZPO) die Aufhebung "beantragt"¹⁾ werden. Klagebefugt sind hierfür nur der gesetzliche Vertreter mit Personensorge und der Staatsanwalt, nicht der Entmündigte (!), es sei denn, der gesetzliche Vertreter will die Klage nicht erheben und das Gericht ordnet dem Entmündigten einen Rechtsanwalt bei (§§ 679 III, 686 III ZPO)²⁾.

Beklagter ist der Staatsanwalt, wenn der gesetzliche Vertreter oder der Entmündigte klagen; dies gilt auch in den Fällen der T und V - erstaunlicherweise gerade in diesem Verfahren, denn sowohl für das EBV als auch für die Wiederaufhebung ist für die Staatsanwaltschaft weder aktiv- noch passivlegitimiert (§§ 680 IV, V; 685 ZPO). Bei der Anfechtungs- oder Aufhebungsklage erscheint der Staatsanwalt nun als "Notpartei"³⁾ (§§ 684 III, 686 III ZPO).

Gegen die Urteile sind die zivilprozessualen Rechtsmittel zulässig.

7. Veröffentlichung

Nur in den Fällen der Trunksucht und Verschwendung sieht das Gesetz eine öffentliche Bekanntmachung des Beschlusses vor (§ 687 ZPO). Diese Bekanntmachung hat nur eine Warn-

1) Hervorhebung vom Verfasser.

2) Rosenberg-Schwab § 171 III 2.

3) Bruns § 6 1 II 1; vgl. auch Münzel ZRP 66, 336/337.

funktion; unterbleibt sie, treten die materiellen Rechtswirkungen gleichfalls ein¹⁾).

II. Vorläufige Vormundschaft - §§ 52, 57 I Ziff. 2;
60 I Ziff. 5 FGG

Aufgrund eines Entmündigungsantrages²⁾ hat das Entmündigungsgericht dem Vormundschaftsrichter Kenntnis vom Vorliegen eines Entmündigungsfalles zu geben (§§ 657, 680 III ZPO), wenn eine einstweilige Anordnung einer Fürsorgemaßnahme (v.V.) für erforderlich erachtet wird. Das Vormundschaftsgericht hat die erforderlichen Tatsachen zu ermitteln, die eine Gefährdung als erheblich³⁾ oder eine Schädigung als wahrscheinlich⁴⁾ erscheinen lassen. Die Gefährdung oder die Schädigung muß sich auf einen in § 6 BGB vorgesehenen Entmündigungsgrund zurückführen lassen⁵⁾. Für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist insbesondere die Erfolgsaussicht oder die Aussichtslosigkeit des EV zu berücksichtigen⁶⁾.

1) StJ Schlosser § 687 II.

2) Die Einleitung des EV aufgrund dieses Antrags ist nicht erforderlich - KG OLG Rspr. 43, 385.

3) KG JW 1918, 145, Jansen § 52 FGG Rdnr. 2; a.A. Boschan, Vormundschaftsrichter, S. 216/217.

4) OLG Schleswig FamRZ 62, 209; OLG Celle NdsRpfl. 62, 38.

5) BayObLG Z 1963, 91; OLG Schleswig a.a.O., Diamand S. 15; Cohn AcP 124, 365; Schlegelberger § 52 Rdnr. 2.

6) Diamand S. 14, so auch OLG München JW 1936, 1144 Nr. 24; JFG 5, 116. Grundsätzlich ist zu differenzieren, ob das EV schon eingeleitet war oder nicht: Vor Einleitung ist eine Prüfungskompetenz des Vormundschaftsgerichts auf allen Gebieten (formell und materiell) zu bejahen; nach Einleitung des Verfahrens entfällt diese Prüfungspflicht (so auch Jansen a.a.O. Rdnr. 2); eine entmündigungsgerichtliche Bindungswirkung ist nur bei offensichtlich unbegründeten Anträgen abzulehnen (Staudinger-Engler § 1906 Anm. 6).

Die vorläufige Vormundschaft ist - entgegen dem EVR - im Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt (§§ 52, 57 I Ziff. 2, 60 I Ziff. 5 FGG).

Verfahrensrechtlich gilt die das FG-Verfahren beherrschende Amtsermittlungsmaxime (§ 12 FGG). Im Vergleich zu dem für die Entmündigung vorgesehenen ZPO-Verfahren fehlen diesem Verfahren wesentliche Garantien: der unter vorläufige Vormundschaft zu Stellende braucht nicht zwingend gehört zu werden¹⁾, doch wird seine Anhörung als zweckmäßig erachtet²⁾. Diese teilweise noch vertretene Ansicht dürfte aber durch die unmittelbare Geltung des Art. 103 GG auch in Verfahrensarten ohne ausdrückliche Normierung des rechtlichen Gehörs überholt sein³⁾⁴⁾. Auch eine Veröffentlichung der vorläufigen Vormundschaft ist nicht vorgesehen. Dies gilt selbst in den Fällen, in denen nach § 687 ZPO die öffentliche Bekanntmachung erfolgen soll, also bei TS und V⁵⁾.

-
- 1) vgl. Bay ObIGZ 26, 117; desgl. ZBlFG 9, 35 (Nr. 16) ZBlFG 11, 45; 13, 663; KGJ 25 A 29; 34 A 61; OLG 35, 348; JFG 23, 352; Schlegelberger § 12 Rdnr. 19, 20; Keidel noch in 5. Auflage § 12 Bem. 10.
 - 2) vgl. hierzu Cohn a.a.O. S. 361, Jansen a.a.O. Rdnr. 5 Dölle § 138 X 2 und Brand-Hensel § 109, 2 bejahen hingegen grundsätzlich das rechtliche Gehör des Betroffenen.
 - 3) Maunz-Dürig-Herzog Art. 103 Rdnr. 16 ("nicht nur subjektives Grundrecht, sondern auch objektive Verfahrensnorm") diess. Art. 103 Rdnr. 91; Habscheid § 19 IV 1; Jansen Wandlungen S. 12, Keidel, r.G., S. KG NJW 54, 1410; OLG Hamm DNotZ 50, 210, Peters MDR 52, 1137; Röhl NJW 53, 1531; Müller NJW 53, 1659 für das echte Streitverfahren in der FG.
 - 4) Historisch interessant Hellwig § 249 (zu E.) "Daß die zu entmündigende Person selbst vorher zu hören ist, schreibt das Gesetz nicht vor. Bei der Beratung der Novelle von 1898 wurde es ganz selbstverständlich angesehen, was es in der Tat ist".
 - 5) Dölle a.a.O. S. 916/917 fordert namentlich bei einer vorläufigen Vormundschaft wegen V. deren Veröffentlichung; desgl. Brettner Gruch Beitr. 44, 701, der die Veröffentlichung allerdings auf alle Entmündigungsgründe erweitert sehen will.

4. Kapitel

Kritik der formellen Regelung

Durch die Kodifikation des BGB bedingt wurden die neuen Entmündigungsgründe GSchw und T in das EVR aufgenommen und neben die historischen E-Gründe GK und V gestellt. Hierdurch wurde die ursprüngliche, historisch gewachsene Trennung der Verfahren bei GK und V aufgehoben, die von verschiedenen Tatbeständen, einem krankhaft bedingten (GK) und einem sozial mißbilligenswerten (V) Tatbestand und den ihnen entsprechend ausgerichteten Verfahrensvoraussetzungen ausgingen. Die Unterschiede der speziellen Verfahrensvoraussetzungen, wie z.B. das ärztliche Zeugnis, die Vernehmung des Betroffenen und die Beziehung eines Sachverständigengutachtens nur bei E wegen GK, die Beschränkung der Veröffentlichung allein auf E wegen V, bezogen sich ausschließlich auf diese historische Trennung. An ihre Stelle trat nach Inkrafttreten des BGB jedoch nicht die durch es notwendig gewordene Verfahrensreform, vielmehr erschöpfte sich die verfahrensrechtliche Angleichung an die veränderten Umstände in einer bloßen Erstreckung der eben aufgeführten Verfahrensvoraussetzungen auch auf die neuen Entmündigungsgründe. Die GSchw als die mildere Form der GK wurde dem EV wegen GK zugeordnet. Bei TS bedingten neben dem ebenso sozial mißbilligenswerten Verhalten die gleichen materiellen Rechtsfolgen die verfahrensrechtliche Zusammenlegung mit dem EV wegen V. Es wurden so lediglich die jeweiligen Komplexe erweitert, ohne eine innerlich notwendige Reform anzuschließen, denn es war nicht am Platze, "organische Veränderungen vorzunehmen, jedoch nicht, weil wir noch nicht ausreichende Erfahrungen gemacht hätten, sondern weil wir mit dringenden gesetzgeberischen Arbeiten vollständig über-

häuft sind. Systematische Gesetzgebungsänderungen aus einem Guß sind auf diesem Gebiet nötig¹⁾²⁾.

Solche sind seit Bestehen des BGB bis heute nicht erfolgt.

Es soll im folgenden versucht werden, unter Berücksichtigung der veränderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse Punkte herauszustellen, die bei einer reformerischen Neugestaltung des EVRs besonders zu beachten sind.

I. Zuständigkeit des Gerichts - § 648 ZPO

§ 648 ZPO begründet für die Einleitung des Verfahrens die ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts des allgemeinen Gerichtsstandes, d.h. in der Regel des Gerichts des Wohnsitzes (§ 13 ZPO). Es sind jedoch gerade im EV Fälle denkbar, in denen die Anwendung der §§ 13 ff. ZPO zu einem schwerfälligen Verfahrensgang führen kann.

Beispiel: Eine Interdizentin verzog 1968 von Frankfurt zu ihrem Sohn nach München. Dort stellte dieser 1969 den Antrag auf E wegen GK. Er trug vor, seine Mutter sei schon seit längerer Zeit, aber schon vor ihrem Umzug nach München, nicht immer *sain d'esprit* gewesen; dieses sei auch der Grund dafür gewesen, sie nach München zu holen, damit sie (Mutter) nicht auf sich allein gestellt zu sein brauchte.

Erste Voraussetzung für eine E der Interdizentin - hier wegen GK - ist die örtliche Zuständigkeit des angegangenen A G München als E-Gericht. Der allgemeine Gerichtsstand des Aufenthaltsortes (§ 16 ZPO) kann wegen eines

1) v. Cuny, 1. Beratung, Änderung der ZPO, S. 13.

2) vgl. auch Preuß. Entwurf zum BGB, S. 6, in dem ausdrücklich eine Änderung der ZPO bei Einfügung des E-Grundes T gefordert wird.

anderweitig bestehenden Wohnsitzes nicht begründet werden. Ob die Zuständigkeit des A G München als Gerichtsstand des Wohnsitzes (§ 12 ZPO) begründet werden kann, hängt davon ab, ob die Interdizentin nach ihrem Umzug nach München dort überhaupt einen neuen Wohnsitz begründen konnte. Nur ein Geschäftsfähiger, nicht aber ein Geisteskranker, kann einen Wohnsitz begründen (§§ 8 Abs. 1, 104 Ziff. 2 BGB, § 12 ZPO).

In dem o.g. Beispiel muß das angegangene A G München, bevor in der Sache selbst tätig werden zu können, somit zunächst seine eigene Zuständigkeit überprüfen, zumal der Sohn in der Begründung des E-Antrages Tatsachen vorgetragen hat, die den Schluß auf mangelnde Geschäftsfähigkeit der Betroffenen zum Zeitpunkt ihres Umzuges zulassen. War die z.E. schon vor dem Umzug geisteskrank, so konnte sie niemals einen Wohnsitz in München und somit auch nicht die Zuständigkeit des A G München zu dieser Sache begründen. In diesem Falle müßte dieses sich für unzuständig erklären und die Sache an das ausschließlich zuständige Gericht des allgemeinen Gerichtsstands, eben das A G Frankfurt, überweisen. Bevor eine solche Überweisung überhaupt erfolgen kann, muß München, ggf. in einer ausführlichen Beweisaufnahme und mit Hilfe eines ausführlichen fachärztlichen Gutachtens, überprüfen, ob die Betroffene z. Ztpkt. des Umzuges geisteskrank war. Der Hauptfehler des Wohnsitzprinzips (§§ 13, 648 ZPO) im EVR liegt daher darin, daß das angegangene Gericht in den Fällen beantragter E wegen GK schon im Rahmen der Zulässigkeit in eine Überprüfung der sachlichen Voraussetzungen einsteigen muß, ohne daß in der Sache selbst ein Fortschritt gemacht worden ist.

Darüber hinaus kann das Wohnsitzprinzip zu weiteren Umständlichkeiten führen, die der Effektivität des Verfahrens entgegenstehen.

Lag im o.g. Beispiel eine GK schon seit 1966 vor, würde dies auch vom Antragsteller anhand ärztlicher Gutachten

aus dieser Zeit bei Antragstellung nachgewiesen, wird daraufhin ohne weitere Beweiserhebung die Sache an das zuständige A G Frankfurt überwiesen¹⁾ und so dessen Zuständigkeit begründet, so ist nun zwar die Sache bei dem zuständigen Gericht anhängig geworden, was aber in der Sache selbst nicht weiterhilft. Sowohl die zE selbst wie auch die Personen, die über ihre Lebensverhältnisse Auskunft geben könnten, leben in München. Folglich und zweckmäßigerweise wird das A G Frankfurt das Verfahren an das A G München zurücküberweisen (§ 650 ZPO).

Auf diese Weise kann auch so das Gericht des Aufenthaltsorts zuständig werden, bei dem die E beantragt wurde, allerdings erst über den Umweg der Verweisung und Rücküberweisung.

Es stellt sich für eine Neuregelung daher die Frage, ob man nicht im Interesse der Effektivität des Verfahrens von dem zu Umständlichkeiten führenden Wohnsitzprinzip Abstand nehmen sollte.

II. Antragsrecht - § 646 ZPO

Die Entmündigung erfolgt nur auf Antrag hin. Antragsberechtigt sind neben der Staatsanwaltschaft Private (§ 646 I ZPO).

A. Antragsrecht und subjektiver Anspruch

Im Erkenntnisverfahren der ZPO werden die Verfahren durch Einreichung einer Klageschrift mit den entsprechenden Anträgen eingeleitet. Die Anträge zielen auf ein bestimmtes Tätigwerden des Gerichts aufgrund eines Rechts,

1) BGH LM Nr. 2 zu § 648 ZPO hat entgegen BG Z 10, 316 die entsprechende Anwendung des § 276 ZPO auch auf das EVR bejaht.

das die klagende Partei geltend macht. Der AST im EVR hat jedoch keinen Anspruch auf Änderung der materiellen Rechtslage¹⁾. Das Gesetz überträgt ihm nur ein Recht, das Verfahren einzuleiten, indem es ihm ein formelles Beteiligtenrecht einräumt. Wegen des Fehlens einer materiellen Beteiligung stehen dem Antragsteller weitere Rechte als das auf Verfahrenseinleitung nicht zu. Es ist daher äußerst zweifelhaft, ob die Form eines dem Klageantrag (§ 253 ZPO) ähnlichen Antrages das angebrachte Verfahrenseinleitungsinstrument ist, wenn es an subjektiven Rechten fehlt, die normalerweise mit einer Klage geltend gemacht werden.

B. Antragsdisposition und öffentliches Interesse

Durch den Antrag wird das Verfahren in Gang gesetzt; sein Vorliegen bedingt die Entscheidung. Er bestimmt auch in dem der Offizialermittlung unterliegenden Verfahren Verfahrensbeginn, Verfahrensgegenstand und Verfahrensbeendigung. Er ist entscheidende Sachurteils Voraussetzung. Wird der Antrag zurückgenommen, verliert das Verfahren seine Grundlage.

Insofern ist der Privatantrag mit dem Privatklageantrag oder dem rücknehmbaren Strafantrag im Strafprozeßrecht zu vergleichen. Mit der Erklärung in Form des Strafantrages oder der Privatklage, die Verfolgung der Straftat zu wollen, wird ein Verfahrenshindernis beseitigt, das vorher der Strafverfolgung entgegenstand²⁾.

Der Unterschied zwischen E-Antragstellung und der Antragstellung im Strafverfahren (Strafantrag bzw. Privatklage) besteht darin, daß der Antragsteller im Strafverfahren regelmäßig auch der Verletzte ist. Das Gesetz gibt ihm hier einen subjektiv-öffentlichen Anspruch auf Straf-

1) vgl. Friedlaender AcP 86, 446; Lent ZZP 66, 267.

2) vgl. Kleinknecht § 158 StPO 1 B.

verfolgung. Ein subjektives Recht des Antragstellers auf E des Betroffenen besteht im EVR hingegen nicht.

Gemeinsam haben E-Antrag und Privatklage bzw. Strafantrag - soweit bei diesem gesetzlich zugelassen - die Rücknehmbarkeit. Ist sie beim Strafantrag vorgesehen, so kann der Antrag bis zu einem auf Strafe lautenden Urteil zurückgenommen werden (§ 64 StGB). Die in manchen Fällen gesetzlich mögliche Rücknehmbarkeit ist Ausdruck eines nur geringeren öffentlichen Interesses an einer Bestrafung. Erhebt dagegen im Privatklageverfahren die Staatsanwaltschaft im Rahmen des Opportunitätsprinzips bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses (§ 376 StPO) statt des Privatklägers die öffentliche Klage, wird aber der Antrag zurückgenommen, kann - bei Zulässigkeit der Antragsrücknahme - eine Strafverfolgung trotz bestehenden öffentlichen Interesses nicht mehr erfolgen¹⁾. Der

E-Antrag kann ebenso bis zu einem auf E lautenden Beschluß zurückgenommen werden (arg. § 115 II BGB). Wird im EV der E-Antrag zurückgenommen, so verliert das Verfahren ebenfalls eine verfahrensrechtliche "causa". Hier jedoch besteht und bleibt das öffentliche Interesse in zweifacher Weise bestehen. Zum einen soll all denen rechtzeitige und notwendige staatliche Betreuung in Form der E zuteil werden, wenn deren materiell-rechtliche Voraussetzungen vorliegen. Zum anderen soll dieser staatliche Betreuungsschutz aber nur denjenigen gewährt werden, die ihn wirklich brauchen. Deshalb besteht schon mit Einleitung des E-Verfahrens ein öffentliches Interesse an der Wahrung der persönlichen Freiheitsrechte vor ungerechtfertigten Eingriffen in Form unbegründeter E-Anträge, die die GFK des Betroffenen in Zweifel ziehen oder sogar schon einen Eingriff in sie bewirken können (so bei Anordnung einer v.V.). Das öffentliche Schutzinteresse an der Wahrung der persönlichen Freiheitsrechte vor ungerechtfertigten Eingriffen bleibt jedoch auch bei

1) Löwe-Rosenberg § 376 2 d.

Rücknahme des E-Antrages bestehen.

Durch die Zulässigkeit der Rücknehmbarkeit des E-Antrages wird - trotz entgegenstehenden öffentlichen Interesses - einerseits eine Betreuung zunächst unmöglich, obwohl hierfür alle erforderlichen materiellen Voraussetzungen vorliegen. Andererseits aber kann so das Vorliegen der vollen Geschäftsfähigkeit des Betroffenen für die Zeitdauer des gestellten, dann aber zurückgenommenen Antrages unbewiesenermaßen in Zweifel gezogen werden.

Durch den dispositiven Charakter des Antragsrechts behandelt das Gesetz die Entmündigung und deren Konsequenzen für den Betroffenen wie ein "Privatinteresse" des Antragstellers. Sicherlich - die Praxis behilft sich im Fall der Antragsrücknahme bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen damit, daß dann eine zuständige und antragsberechtigte Behörde (Staatsanwaltschaft - § 646 II ZPO - oder die Landeswohlfahrtsbehörden - § 68o V ZPO) als Antragstellerin auftritt. Ob eine derartige Prozeßverzögerung - oder -verlängerung prozeßökonomisch oder im Sinne der wohlverstandenen Interessen des Betroffenen ist, steht hierbei in Frage.

Wurde gerade wegen eines offensichtlich bestehenden Schutzbedürfnisses eine vorläufige Vormundschaft angeordnet, wird aber kurz vor dem Erlaß des die E aussprechenden Beschlusses der Antrag zurückgenommen, so muß die vorläufige Vormundschaft kraft Gesetzes aufgehoben werden (19o8 BGB, § 52 FGG). Die während der vorläufigen Vormundschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte werden nachträglich ex tunc wirksam (§ 115 BGB), soweit sie nicht nach §§ 1o4 Ziff. 2, 1o5 BGB ohnehin unwirksam geblieben sind. Gerade bei angeordneter v.V., bei der ein Eingriff in die Rechtspersönlichkeit auch ohne die im EVR geltenden Verfahrensgarantien erfolgen kann, schließt eine Rücknahme des E-Antrages die Überprüfbarkeit des gesamten

"Prozeßstoffes" unter EVR-Bedingungen aus¹⁾. Obwohl der Betroffene ein Interesse an der Überprüfung des gesamten Sachverhalts unter EVR-Bedingungen (insbesondere einer Begutachtung nach §§ 654 f. ZPO) verloren haben wird - eine negative Feststellungsklage mangels Vorliegens ihrer Voraussetzungen auch dann nicht erhoben werden kann, wenn der Antragsteller mit erneuter Antragstellung droht - , bleibt für Dritte bindend nicht festgestellt, daß die E-Voraussetzungen nicht doch vorgelegen haben.

Mit der Rücknahme des Antrages wird eben nicht ipso iure das Nichtvorliegen der Entmündigungsvoraussetzung festgestellt.

Die Antragsdisposition Privater ist außerdem noch unter einem anderen Blickwinkel zu sehen, nämlich unter dem der Rechtzeitigkeit: oft scheut sich ein Familienmitglied aus falsch verstandener Rücksicht dem Betroffenen gegenüber, den Antrag zu stellen²⁾, wodurch der dringlichen Notwendigkeit eines Betreuungsschutzes manchmal nicht Rechnung getragen wird.

Das geltende Recht zwingt den Antragsteller, der in den meisten Fällen Familienangehöriger oder Verwandter des Betroffenen ist, zudem, eine Entscheidung zu treffen, die zweifelhafter Natur ist: stellt er den Antrag, so steht in Frage, ob die soziale Umwelt dem Antragsteller das Motiv abnimmt, nur zum Besten des zu Entmündigenden handeln zu wollen. Es besteht vielmehr die Gefahr, daß der Entmündigungsantrag als Mittel zum Abschieben eines

-
- 1) Zwar trägt nach der überwiegenden Meinung (OLG Karlsruhe HRR 1935, 1702; OLG Nürnberg BayJMBL 1952, 267; Rosenberg-Schwab § 170, 3 S. 913, a.A. Käfer NJW 1956, 660) der Antragsteller im Falle einer Antragsrücknahme die Kosten ohne Rücksicht auf sein Verschulden, das jedoch entschädigt den Betroffenen nicht für auch nur zeitweise Einbüßung der vollen Handlungsfähigkeit.
- 2) vgl. hierzu Bovensiepen DJZ 29, 303.

unliebsamen Verwandten aufgefaßt wird; so können z.B. Nachbarn nicht verstehen, warum "man das dem Ehepartner hat antun können" und "so wenig familiäre Bindung besteht, daß der eine Ehegatte den anderen auf diese Weise loswerden will". Nur wenige gehen im übrigen den Schritt des Entmündigungsantrages im Bewußtsein aller Konsequenzen. Ist der Antrag gestellt, wirkt sich der diskriminierende Charakter der möglichen E auch auf den Antragsteller selbst aus: er war kausal dafür, daß eine vorläufige Vormundschaft bestellt wurde, der Betroffene demnächst sogar entmündigt wird. In diesem Zusammenhang ist die Möglichkeit einer Antragsrücknahme sehr willkommen. Sie ermöglicht es, den "gesellschaftlichen" Folgen der Antragstellung noch einmal zu entgehen, denn "lieber die Last mit dem Betreuungsbedürftigen haben als von den Nachbarn schief angesehen zu werden".

Zum anderen besteht die Gefahr, daß mit dem Institut des privaten Antragsrechtes wirklich Mißbrauch getrieben wird, nämlich das Ziel verfolgt wird, durch den Entmündigungsantrag die Bestellung einer vorläufigen Vormundschaft zu erreichen, um dadurch antizipierte Entmündigungsfolgen zu erzielen, also z.B. aus erbrechtlichen Gründen die Wiederverheiratung des alten Vaters zu verhindern.

Ebenso kann mit der Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft etwa die Absicht des aus der gemeinsamen Firma hinausstrebenden Bruders vereitelt werden, seinen Gesellschaftsanteil herauszuverlangen, der bisher im Geschäft Verwendung fand. Es kann also die Antragsdisposition ein Mittel sein, um mißliebige Vorhaben des zu Entmündigenden zu vereiteln. Es geht hier nicht mehr um den durch die Entmündigung bezweckten Schutz, sondern die E bzw. die v.V. wird Mittel zu einem unlauteren Zweck. Zwar kann durch eine Rücknahme des Antrags, etwa wie in obigen Beispielen, wenn sich der Bruder bereiterklärt hat, seinen Anteil im Firmenvermögen zu belassen, oder wenn die Heirat des Vaters nicht zustande kam, die endgültige Entmündi-

gung noch rechtzeitig aufgehalten werden; dieses macht aber die durch die vorläufige Vormundschaft bereits verwirklichte unlautere Zweckverfolgung nicht ungeschehen.

Mit der E wird das öffentliche Interesse an der Betreuung Schutzbedürftiger konkretisiert. Eine wirksame und rechtzeitige Betreuung dieser Art aber von fragwürdigen Motiven Privater abhängig zu machen, läuft dem beabsichtigten Zweck der E, Schutz zu gewähren, zuwider. Privates Antragsrecht und Disposition über den Verfahrensablauf widersprechen so dem Zweck der Entmündigung.

C. Antragsbindung und Untersuchungsmaxime

Der Antrag muß die Art der Entmündigung bezeichnen¹⁾. Es unterliegt der Disposition des Antragstellers, welche Entmündigung (die volle oder die beschränkte) erfolgen und aus welchem Grund sie vom Gericht ausgesprochen werden soll.

1) Ist demnach eine E wegen GSchw beantragt, ist das Gericht nach dem Grundsatz "ne ultra petita" (§ 308 ZPO) auch daran gebunden, selbst wenn nach dem Fürsorgebedürfnis eine volle Entmündigung angebracht wäre²⁾. Umgekehrt ist aber eine E wegen GSchw auch ohne Eventualantrag³⁾ möglich, wenn E wegen GK beantragt war⁴⁾, zumal bei Ablehnung des Entmündigungsantrages wegen GK der zu Entmündigende sonst schutzlos sein würde⁵⁾.

Die Verbindung mehrerer Anträge miteinander wird für zulässig erachtet. Dabei dürften gegen eine Verbindung

1) Wieczorek § 645 E III.

2) so auch die h.M.: Staudinger-Coing § 6 Anm. 41; Levis s. 179, Oertmann § 6, 2 e; RG GruchBeitr. 47, 897; KG Rspr. 4, 5.

3) StJ Schlosser § 645 II 1, Zöllner-Karch § 647 I; verneinend Levis S. 179.

4) StJ Schlosser a.a.O.

5) Staudinger-Coing a.a.O.

der Anträge auf E-Entscheidung wegen GK und GSchw einerseits und TS und V andererseits keine Bedenken bestehen, soweit die Verhandlung nach den für den ersten Komplex geltenden Verfahrensvorschriften erfolgt¹⁾.

2. Der Entmündigungsausspruch muß sich nach verbreiteter Ansicht auf den geltend gemachten Entmündigungsgrund beschränken²⁾.

Gegen diese Meinung, die eine Bindung des Gerichts an den gestellten Antrag bejaht, spricht die Untersuchungsmaxime (§ 653 ZPO) und das durch sie zu wahrende öffentliche Interesse: Die materielle Wahrheit soll erforscht werden und so das gewonnene Ergebnis die Grundlage der Sachentscheidung bilden.

Grundsätzlich brauchen Untersuchungsgrundsatz und Dispositionsmaxime zwar keine Gegensätze zu sein, wie es Verwaltungsprozeß (§§ 82, 86 VwGO) und Antragsverfahren im Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit beweisen. In diesen Verfahrensarten machen Kläger bzw. Antragsteller jedoch Rechte geltend, auf die sie einen Anspruch zu haben glauben. Ob und in welchem Umfange die Beteiligten dieses Recht geltend machen, hängt von ihrer Verfügung ab. Das "Ob" des Verfahrens unterliegt in diesen Verfahrensarten wegen des mangelnden öffentlichen Interesses bzw. wegen des vorrangig nur privaten Interesses, das an Anspruch und Entscheidung besteht, der Privatautonomie. Die Untersuchungsmaxime garantiert hierbei nur die im öffentlichen Interesse stehende sachgerechte Aufklärung des dem Anspruch zugrunde liegenden Sachverhalts. Im Gegensatz hierzu steht das EVR. Dieses sieht die Dispositionsmaxime vor, obwohl hier kein nur privates, sondern

1) Schlosser in StJonas § 645 II 1 m.w.N;
 Schönke-Kuchinke § 85 I (S. 438). RGZ 108, 307.
 2) OLG Colmar ZZP 43, 401; Zöllner-Karch § 647, 1
 a.A. BayObLG HRR 29 Nr. 12.

ein eminent starkes öffentliches Interesse an der Sachbehandlung im Ganzen besteht, also deshalb eine Verfügung über den "Streitgegenstand" und damit eine Beschränkung des Antrags auf einen bestimmten Entmündigungsgrund ausgeschlossen sein müßte.

Brauchen Untersuchungsgrundsatz und Dispositionsmaxime nicht notwendig Gegensätze zu sein, so sind sie es doch im EVR. Dem durch die E verfolgten öffentlichen Schutzinteresse ist nicht gedient, daß der Entmündigungsantrag etwa auf TS beschränkt bleiben soll, wenn ein weitergehendes Schutzbedürfnis besteht.

Vereinzelte wurde allerdings die Ansicht vertreten, das Gericht sei bei der Entscheidung über den Grad der E nicht an den Inhalt des Entmündigungsantrags gebunden¹⁾. Es besteht nach dieser Ansicht nach wie vor die Dispositionsbefugnis über das "Ob" des Antrags als Verfahrensvoraussetzung, die Bestimmung des E-Grundes bleibt dem Gericht nach dem Ergebnis der Ermittlungen überlassen.

Diese Meinung entspricht insoweit dem Sinn und Zweck der Untersuchungsmaxime, als sich Untersuchungsergebnis und Entmündigungsausspruch decken. Sie widerspricht aber andererseits dem Grundsatz "ne ultra petita". Hat sich der Gesetzgeber entschieden, das EVR "wegen der größeren Garantien" in die ZPO aufzunehmen, so ist mit dieser seiner Entscheidung incidenter auch ausgesprochen, daß alle zivilprozessualen Grundsätze Anwendung finden sollen. Da diese aber hier nicht ausschließlich Anwendung finden, wird die angeführte Mindermeinung vom geltenden Recht nicht gedeckt.

Obwohl sie dem Grundsatz "ne ultra petita" zuwiderläuft, so entspricht sie doch eher dem durch den Untersuchungs-

1) RG JW 1900, 867; 15, 1263; RG GruchBeitr 47, 897; KG Rspr. 4,5; BGB-RGRK (Dennecke) Vorbem. § 6 Anm. 3; Wieczorek a.a.O.

grundsatz zu sichernden öffentlichen Interesse an der Sache selbst. Während die herrschende Ansicht im Rahmen der vorgegebenen Dogmatik versucht, durch Eventualantrag bzw. Verbindung von E-Anträgen die im EVR vorhandene Gegensätzlichkeit von Dispositionsmaxime und Untersuchungsgrundsatz zu überbrücken, so auf diesem Wege zu einem dem E-Verfahrenszweck entsprechenden Ergebnis zu kommen, kommt die Mindermeinung - zwar unter Außerachtlassung von § 308 ZPO - schneller und einfacher zu einer überzeugenderen Lösung.

Übergeht die Mindermeinung die Bindung an die Anträge, so kommt die h.A. durch Bindung an die Anträge in Bedrängnis, zumal dann, wenn nach den Ermittlungen des Gerichts GK vorliegt, aber nur E wegen TS beantragt ist. In diesem Fall kann der notwendige Schutz nicht in dem Umfange gewährt werden, wie er im konkreten Fall erforderlich wäre. Der Antrag ist entweder zurückzuweisen¹⁾, oder es kann - nach Staudinger-Coing²⁾ - dem Antrag entsprechend E wegen TS erfolgen, um überhaupt Schutz zu gewähren.

Diese Lösung führt zu einem untragbaren Zustand. Das gilt in diesem Fall besonders deshalb, weil wegen der Trennung der Entmündigungsverfahren von GK und TS die bei einer Entmündigung wegen GK umfassenderen Verfahrensgarantien (Sachverständigengutachten, Einweisung in eine Heilanstalt zur Beobachtung) nicht unmittelbar zur Anwendung kommen würden, sondern das ganze Verfahren unter Wahrung dieser Garantien neu aufgerollt werden muß.

Es widerspricht in einem solchen Falle dem Inhalt der Untersuchungsmaxime (Wahrung einer der Bedeutung des Falles entsprechenden Aufklärung des Sachverhaltes) über den "Streitgegenstand" disponieren zu können, zumal des-

-
- 1) Interessant ist in diesem Fall die Kostenfolge: Der Antragsteller hat gemäß § 682 ZPO die Kosten zu tragen, obwohl festgestellt ist, daß ein E-Bedürfnis besteht und ihm darüber hinaus auch kein Verschulden bei Antragstellung nachzuweisen ist - vgl. § 658 ZPO).
- 2) § 6 Anm. 41.

wegen, weil der "Streitgegenstand" kein Privatinteresse betrifft, sondern ein Betreuungsinteresse zum Inhalt hat. Deshalb schließen sich hier dispositiver E-Antrag und das öffentliche Interesse an der Sache selbst, somit an einer dem konkreten Sachverhalt entsprechenden Sachaufklärung aus.

Versteht man die E als öffentliches Interesse an der Betreuung Schutzbedürftiger, müssen Untersuchungen und Sachentscheidung diesem entsprechen können. Der Richter muß nach den Ermittlungsergebnissen und seiner *causa cognitio* entsprechend den exakten Grad des Schutzbedürfnisses bestimmen können, wenn die Maßnahme dem konkreten Einzelfall entsprechen soll. Der Richter hat gerade auf dem Gebiet des Entmündigungsverfahrensrechtes wegen des mit ihm verbundenen Eingriffs in die Rechtspersönlichkeit die Aufgabe und die Pflicht, die Entscheidung den tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalls nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeit anzupassen, ohne an die vorgegebenen Grenzen des Privat-antrages gebunden zu bleiben.

Privates Antragsrecht in seiner dispositiven Form, wie es sich nach dem geltenden EVR darstellt, und das öffentliche Interesse an der E als Schutzmaßnahme Betreuungsbedürftiger widersprechen sich ebenso wie Inhaltsdisposition und Untersuchungsmaxime.

4. Zusammenfassung

Einleitung und Fortführung des Verfahrens hängen nach geltendem Recht von dem Tätigwerden oder Untätigbleiben des Antragstellers i.S. v. § 646 I ZPO ab. Versteht man das Entmündigungsrecht materiell und formell als öffentliche Aufgabe, als Fürsorge für den Betroffenen, so muß der Verfahrensablauf diesem Gedanken entsprechen. Öffentliches Interesse und privates Antragsrecht widersprechen sich auf dem Gebiet des EV. Soweit es sich um eine Sache

von überwiegend öffentlichem Interesse handelt, gibt es zwischen öffentlichem Interesse und privatem Antragsrecht keine kumulative, sondern nur eine Lösung - zugunsten des öffentlichen Interesses.

Eine wirkungsvolle Sicherung des Schutzzweckes der E kann nur dadurch garantiert werden, daß ein dem öffentlichen Interesse unterliegendes Verfahren nicht durch Antragsrücknahme willkürlich beendet werden kann. Geht man von dem Schutzgedanken der E aus, so soll staatliche Fürsorge gewährt werden. Dieses setzt aber voraus, daß der Grad der Hilfsbedürftigkeit festgestellt und die Entscheidung den gerichtlichen Ermittlungen entsprechend angepaßt werden kann, wobei die Verhältnisse des konkreten Einzelfalles mit berücksichtigt werden müssen; die Bindung des Gerichts an den Antragsinhalt widerspricht im EVR der dort geltenden Untersuchungsmaxime und der durch sie erstrebten umfassenden Tatsachenermittlung.

III. Ärztliches Zeugnis - § 649 ZPO

Die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses ist nicht zwingend vorgeschrieben. Nach § 649 ZPO "kann" das Gericht eine Beibringung anordnen. Erst wenn das Gericht von dem ihm zustehenden Ermessen Gebrauch macht, es also die Beibringung des Zeugnisses anfordert, wird die Vorlage des Zeugnisses zur zwingenden Verfahrensvoraussetzung¹⁾.

Grund hierfür soll sein, von vornherein unbegründete Anträge hintanzuhalten. Allerdings bestehen erhebliche Zweifel darüber, ob dieser bezweckte Erfolg durch eine derartige Regelung überhaupt herbeigeführt werden kann.

1) vgl. Wieczorek § 649 B; vgl. auch Foerster-Kann § 649, 2.

1. § 649 ZPO gilt nur für die Fälle der Geistesstörung, nicht aber für den Fall einer E wegen TS. Die TS als Phänomen medizinisch-sozialer Wechselwirkung hat aber krankhafte Ursachen, die ebenso wie Geistesstörungen medizinisch feststellbar sind. Es werden so Fälle, die das Element medizinisch feststellbarer Ursachen und Folgen gemeinsam haben, verfahrensrechtlich ungleich behandelt. Diese Ungleichbehandlung hat eine Zweckverfehlung zur Folge - unbegründete Anträge werden in E-Verfahren wegen TS eben nicht von vornherein verhindert - , somit wird der Schutz, den diese Vorschrift dem EVR geben soll, in diesem Fall nicht in gleichem Maße garantiert wie in den Fällen der GK und GSchw¹⁾.

2. § 649 ZPO sagt nichts darüber aus, welche Qualifikationen das ärztliche Zeugnis haben soll. Ein amtsärztliches Zeugnis wird grundsätzlich nicht verlangt²⁾, schon das eines praktischen Arztes soll ausreichen³⁾. Interessanterweise soll aber ein Zeugnis, ausgestellt von einem Zahnarzt, den Erfordernissen des § 649 ZPO nicht gerecht werden können, um evtl. eine psychiatrische Erkrankung des Betroffenen nachzuweisen⁴⁾; unklar bleibt auch, ob, wenn schon ein praktischer Arzt zur Erstellung des Zeugnisses ausreicht, dieser psychiatrische Grundkenntnisse haben muß, oder, wenn darüber hinaus nur ein Facharzt dieses Zeugnis auszustellen befähigt ist, auf welchem Fachgebiet er spezialisiert sein muß (Hals-, Nasen-,

-
- 1) Diese Tatsache ist nur historisch zu erklären: Im Rahmen der Angleichung des EVR an den "neuen" E-Grund TS wurde nur als soziales Phänomen, nicht aber auch als pathologische Erscheinung angesehen. Darüber hinaus ist nach der Kodifikation des BGB eine organische Veränderung des EVR trotz entsprechender Notwendigkeit nicht erfolgt (ebenso s. Cuny).
- 2) Beachte Cohn JW 1925, 317. Zöller-Karch § 649, B. Baumbach-Lauterbach § 649. Foerster-Kann 649, 2.
- 3) Baumbach-Lauterbach § 649 A I 2.
- 4) Wieczorek § 649 B 1 ; dagg. Petersen-Anger § 649 N. 1: jeder "beliebige" Arzt, Foerster-Kann § 649 N. 2 "approbierter Arzt".

Ohren-, innere Krankheiten, Urologe oder Facharzt für Kinderkrankheiten?); Auch geht nicht aus § 649 ZPO hervor, ob ein selbst antragsberechtigtes Familienmitglied, das einen Heilberuf ausübt, ein solches Zeugnis ausstellen darf.

Wegen der Unklarheit dieser Vorschrift wird eben nicht verhindert, daß sachfremde Erwägungen vom EVR ferngehalten werden. Beantragen zum Beispiel die Kinder eines alten Herrn, der sich in seinen alten Tagen noch einmal auf Freiersfüße begeben hat und eine Witwe mit drei minderjährigen Kindern zu heiraten gedenkt, dessen Entmündigung, um die Heirat und damit die Erweiterung des Kreises der Erb- und Pflichtteilsberechtigten zu verhindern, so bestehen für die Angehörigen des Heiratslustigen nach gerichtlicher Anordnung, ein ärztliches Zeugnis beizubringen, keine größeren Schwierigkeiten, von einem befreundeten oder gar zur Familie gehörenden Arzt ein Zeugnis zu erhalten, das eine geistige Erkrankung des Interdizenten bescheinigt. Die durch richterliche Anordnung zur zwingenden Verfahrensnorm gewordene Vorschrift des § 649 ZPO kann nur allzu leicht umgangen werden, die beabsichtigte Wirkung des ärztlichen Zeugnisses als verfahrensmäßiger "Filter" ist, so gesehen, gleich Null. Wer als Antragsteller einen "ersten Beweis" eines begründeten E-Antrages in Form eines ärztlichen Zeugnisses erbringen soll, wird hierbei auf keine unüberwindlichen Hindernisse stoßen.

Die Verfahrensvoraussetzung kraft richterlicher Ermessensbestätigung ist nur unzulänglich präzisiert. Es mangelt an dem gesetzlich klaren Ausspruch der Voraussetzungen, die an ein ärztliches Zeugnis gestellt werden müssen, um von vornherein ungerechtfertigte E-Anträge auszuschließen.

IV. Rechtliches Gehör

Den Beteiligten ist im EBV, soweit ihnen formelle Parteirechte eingeräumt sind, rechtliches Gehör zu gewähren. Fraglich ist, ob und inwieweit man denjenigen, die durch die Gestaltungswirkungen des Beschlusses mitbetroffen sind, auch dieses Recht einräumen soll. Hierzu zählen insbesondere die Drittbetroffenen, die nur mittelbar materiell Beteiligten. Ihnen ist keine prozeßrechtliche Stellung zugewiesen, aus der sich ein prozessuales Interventionsrecht ableiten ließe.

1. Der streitige Zivilprozeß räumt den "legitimi contradictores"¹⁾ des streitigen Rechtsverhältnisses einen Anspruch auf r.G. ein; im übrigen schafft der Zweiparteienprozeß der ZPO die Möglichkeit der Sicherung des Anspruches auf r.G. durch Beitritt zu einer Partei im Rahmen der Streitgenossenschaft oder der Nebenintervention. Einen darüber hinausgehenden Anspruch kennt das Gesetz nicht.
2. Das EBV und das EABV sind zwar Gestaltungsverfahren, die kraft ihrer gesetzlichen Zuweisung der ZPO angehören, sie sind aber keine Zivilverfahren im Sinne der ZPO. Das EBV ist wesensmäßig ein Verfahren der fG. Dieser Eigenart entsprechend ist im EBV der Gedanke der "legitimi contradictores" unbekannt und daher unanwendbar. Der zu Entmündigende und der Antragsteller sind Beteiligte; bei letzterem folgt das Recht auf Gehör aus seinem formellen Beteiligtenrecht. Eine weitergehende Ausdehnung des r.G. auch auf mittelbar materiell Beteiligte - nämlich Familienmitglieder, die durch die E mitbetroffen sind - wird nicht zugelassen, weil im EBV eine prozessuale

1) Rosenberg-Schwab § 85 II.

Beteiligungsmöglichkeit (entspr. der Nebenintervention der ZPO) fehlt.

Im EAV hingegen können die mittelbar materiell Beteiligten dann - als Partei - das Recht auf Gehör erhalten, wenn sie als Kläger (§ 664 II ZPO), als Streitgenossen oder Interventienten auftreten. Die prozessuale Stellung des mittelbar materiell Beteiligten ist hierbei nicht die gleiche wie im EABV. Im Gegensatz zu diesem bietet sich im EAV die Möglichkeit der Selbstbeteiligung. Solange sich gesetzlich die Möglichkeit einer Beteiligung am Rechtsstreit Dritter bietet, bedarf es einer Erweiterung des Personenkreises und/oder einer notwendigen Beiladung dieser betreffenden Personen nicht, um ihnen so rechtliches Gehör zu verschaffen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß die Vorschrift des § 664 II ZPO gerade deshalb eingeführt wurde, um so dem bisher noch nicht "Gehörten" Gelegenheit einzuräumen, doch noch gehört zu werden¹⁾. Unverständlich ist, daß die Möglichkeit als Angehöriger, der regelmäßig antragsberechtigt nach § 646 I ZPO ist, gehört zu werden, nicht schon im EBV gegeben wird.

Nicht unerwähnt kann hier § 1847 BGB bleiben. Nach Vorschrift des § 1847 s o l l das Gericht Verwandte und Verschwägte des Mündels in wichtigen Angelegenheiten hören.

Eine wichtige Angelegenheit im Sinne dieser Norm ist u.a. die Volljährigkeitserklärung²⁾. Daraus ergibt sich, zwar in entsprechender Anwendung auf den actus contrarius, die E, nur eine Soll-Vorschrift, aber immerhin, es besteht

1) vgl. Anlage zum Protokoll der 26. Sitzung § 568 Abs. 2.

2) Soergel-Germer § 1847 Rdnr. 5; Staudinger-Engler § 1847 Rdnr. 2.

eine gesetzliche Regelung, die den nächsten Angehörigen schon in 1. Instanz eine Einflußnahme auf die Entscheidung gibt. Soll bei der Volljährigkeitserklärung angehört werden, weil diese dem "Besten des Minderjährigen" dienen soll (§ 5 BGB), so kann mit gleichen Argumenten auch ein Anhörungsgebot bei Entmündigungen begründet werden. So kann es auch dem Besten des zu Entmündigenden entsprechen, wenn Mittel und Wege gefunden werden, die drohende Entmündigung gerade zu umgehen; so z.B., wenn sich ein Verwandter freiwillig bereiterklärt, sich um den Erkrankten zu kümmern, oder wenn Bemühungen seitens der Familienmitglieder bestehen, den greisen Interdizenten in einem Altenheim unterzubringen, das Gericht aber diese Möglichkeit nicht berücksichtigen kann, weil nur der Antragsteller gehört wird und es von diesem Ausweg keine Kenntnis erlangen konnte.

Nach § 1847 BGB "soll" das Gericht Verwandte und Verschwägernte hören. Im Gegensatz zu § 1695 BGB, der auf dem gleichen Grundgedanken wie 1847 basiert, werden hier auch solche Personen erfaßt, die in ihren Rechten selbst nicht wie die Eltern im Sinne von § 1695 unmittelbar, sondern nur mittelbar von der zu fällenden Entscheidung berührt werden. Diesen Personen wird wegen ihrer persönlichen Nähe zum Mündel ebenfalls das Recht der Anhörung zum Zwecke der Gewährung des rechtlichen Gehörs eingeräumt. Dieses Recht aus § 1847 BGB ist ein aus Art. 103 GG folgendes Recht und beinhaltet somit nicht allein nur die Pflicht des Gerichts auf Anhörung zum Zwecke der Tatsachenermittlung.¹⁾

1) Staudinger-Donau § 1695 Rdnr. 8 ff., 10, 39.

Wird in § 1847 BGB die Anhörung nicht allein zum Zwecke der Sachverhaltsaufklärung gewährt, wird der zu hörende Personenkreis auf nur mittelbar materiell Beteiligte ausgedehnt, so kann dies auch im EBV für mittelbar materiell Beteiligte gelten. Aus § 664 I ZPO und dessen Entstehungsgeschichte folgt ja doch gerade, daß den mittelbar materiell Beteiligten r.G. gewährt werden kann/soll. Wenn schon r.G. wegen mangelnder prozessualer Beteiligung bzw. Beteiligungsmöglichkeit im EBV ausgeschlossen ist, so ist den Angehörigen im Sinne von § 646 I ZPO doch ein Anhörungsrecht zu garantieren. - Es ist darüber hinaus doch recht fragwürdig, daß den mittelbar materiell Beteiligten ein Recht, dessen Ausübung in erster Instanz für die Beteiligten und den Betroffenen selbst von erheblich größerer Bedeutung wäre, diesen erst in zweiter Instanz zustehen soll. Ob aber der Entmündigungsbeschluß angefochten wird, somit diese Prozeßlage erst eintreten kann, ist in vielen Fällen fraglich. Ohne ersichtlich zwingenden Grund behandelt das Gesetz im EAV und im EBV die Rechte der mittelbar materiell Beteiligten - trotz gleicher Interessenlage - im EBV ungleich. Der künftige Gesetzgeber wird sich die Frage stellen müssen, ob er die Rechte der mittelbar materiell Beteiligten nicht schon in erster Instanz mehr berücksichtigen sollte.

V. Öffentlichkeit

Die Öffentlichkeit ist nach § 171 GVG in den EB-Verfahren bei Geistesstörung ausgeschlossen (Abs. 2), in den Fällen der Anfechtungs- oder Aufhebungsklage kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden.

Diese Vorschrift schließt aufgrund ihres klaren Wortlauts eine Anwendbarkeit auf die EV wg. TS aus. Im Entwurf zum GVG war eine Vorschrift, die Öffentlichkeit auch von den EV wegen Geistesstörung auszuschließen/ausschließen zu können, zunächst überhaupt nicht vorgesehen.

Erst aufgrund des Antrages des Abg. Zinn¹⁾ wurde die Aufnahme einer derartigen Vorschrift in das zu schaffende Gesetz erwogen. Zinn begründete seinen Vorschlag damit, daß die geheimsten Familienverhältnisse als Licht gezogen würden - es könnte nicht nur der zu Entmündigende, sondern es könnten auch seine Angehörigen durch eine öffentliche Verhandlung ganz außerordentlich geschädigt werden; es liege nicht im öffentlichen Interesse, die Interessen der Familie durch Preisgabe ihrer Geheimnisse in der Öffentlichkeit zu verletzen, insbesondere dann, wenn ein Sachverständiger ausführen müsse, daß und warum in einem gegebenen Fall hereditäre Anlagen zur GK vorhanden seien²⁾.

Ein Ausschluß der Öffentlichkeit für den Fall der E wegen Trunksucht - einem krankhaft bedingten Zustand - wurde überhaupt nicht in Erwägung gezogen. Das konnte zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht geschehen, da es die TS als entmündigungs begründenden Umstand noch gar nicht gab: die TS wurde erst mit Inkrafttreten des BGB zu einem gesetzlichen E-Grund.

Aus dem Gesagten folgt, daß auch das GVG die Angleichung an das BGB bzgl. der Einfügung der neuen Entmündigungsgründe nicht mitvollzogen hat. Die Interessenlage, wie sie der Abg. Zinn für die Betroffenen im Falle einer E wegen GST geschildert hat, zeigt sich bei den Fällen einer E wegen TS nicht viel anders: hier werden - vielleicht in noch stärkerem Maße als bei GST - in der Verhandlung Familienverhältnisse, die auf erschreckenden sozialen Bedingungen basieren, zur Sprache kommen müssen. Die Verbreitung dieser Umstände, die durch eine öffentliche Verhandlung ermöglicht wird, würde eine bestehende Situation noch verschlechtern. Einmal trägt auch die Familie den Makel mit, einen wegen T entmündigten

1) vgl. Protokolle S. 330 ff.

2) Abg. Dr. Zinn a.a.O., S. 331, bei Hahn C., Die gesamten Materialien zum GVG, Bd. 1, Abt. 2 Bln. 1879.

Verwandten (Vater/Ehemann) zu haben. Zum anderen wird es i. d. R. nicht im wohlverstandenen Interesse der Familie sein, Umstände, die bislang auf den familieninternen Rahmen beschränkt geblieben waren, durch die Öffentlichkeit der Verhandlung zum Gesprächsthema der Nachbarschaft zu machen.

Das Prinzip der Öffentlichkeit ist eine der größten Garantien eines sachgerechten Verfahrens. Bestehen aber höherwertige Interessen des Einzelnen, und ist das Wohl eines Einzelnen oder seiner Familie stärker als in den üblichen Streitverfahren gefährdet, dann gilt dieses Gebot ebenso zwingend nicht¹⁾. Es ist nicht einzusehen, warum das Wohl der Familie eines Trunksüchtigen durch die Garantie der Nichtöffentlichkeit nicht ebenso geschützt sein soll wie ein Betriebsgeheimnis nach § 172 I GVG 4. Alternative.

Beachtenswert ist gerade hier das Verfahren zur Anordnung einer v.V. Dort ist die Verhandlung zwingend nicht-öffentlich (§ 8 FGG), und zwar völlig unabhängig von dem jeweiligen Vormundschaftsgrund (dagegen § 171 GVG). Es kann nicht ganz einleuchten, warum das Verfahren bei Anordnung einer v.V. für einen Trunksüchtigen zwingend nicht-öffentlich, das EV im gleichen Falle aber dann ebenso zwingend öffentlich sein muß, obwohl die gleichen Gründe, die dort die Nichtöffentlichkeit erklären (Schutz der Intimsphäre) hier ebenfalls angeführt werden können.

1) Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß nach § 61 Abs. 1 Satz 2 SGG die Öffentlichkeit auch ausgeschlossen werden kann, wenn die Offenlegung der gesundheitlichen oder Familienverhältnisse für einen Beteiligten von erheblichem Nachteil sein könnte. Hierunter (Familienverhältnisse) ist alles zu verstehen, was vom Familienverband erfaßt wird (Mellwitz, SGG, § 61 Rdnr. 5). Hier werden neben den zum Ausschluß der Öffentlichkeit berechtigenden Gründen nach § 172 GVG ausdrücklich noch persönliche Gründe mitaufgeführt.

Nach § 52 FGO ist die Öffentlichkeit in Verfahren vor den Finanzgerichten auszuschließen, wenn ein Beteiligter, der nicht Finanzbehörde ist, es beantragt. Die zum Ausschluß der Öffentlichkeit berechtigenden Gründe bleiben nicht allein auf die gesetzlichen (§ 172 GVG) beschränkt. Ausreichend ist, daß "andere" Gründe vorliegen, die den Ausschluß der Öffentlichkeit rechtfertigen (vgl. Görg-Müller § 52 FGO Rdnr. 256, S. 173).

VI. Vertretung

Im EBV und dem BWBV steht es dem Betroffenen frei, sich von einem Anwalt vertreten zu lassen. In der Regel wird der zu Entmündigende im EBV ohne Anwalt erscheinen. Dies ist gewissermaßen ein Handicap im Verfahren allgemein. Der Richter erforscht - in Fällen der Geistesstörung mit Assistenz der Sachverständigen - den gesamten Sachverhalt. Dies allein reicht jedoch nicht aus, die Interessen des Betroffenen ausreichend zu berücksichtigen. Wenn § 653 S. 2, ZPO, der entsprechend für die Fälle der T und V gilt, vorschreibt, daß dem zu Entmündigenden Gelegenheit gegeben werden soll, Beweismittel zu bezeichnen, ist noch lange nicht gesagt, daß jeder Interdizent einmal versteht, was er tun soll, und zum anderen, wie er es tun soll. Einflußmöglichkeit und Kontrolle des Verhandlungsablaufs durch den Betroffenen selbst werden durch das eigene Betroffensein erschwert und durch die häufig vorliegende Prozeßunerfahrenheit zum Scheitern verurteilt sein. Im Verfahren selbst kommen die geschäftsfähigkeitsfreundlichen bzw. fördernden Tatsachen nicht in der Weise zur Geltung, wie es hierfür nötig wäre. Es fehlt zur Garantie der Chancengleichheit im EBV die gesetzliche Möglichkeit, dem Betroffenen von Amts wegen einen Prozeßvertreter zuzuordnen¹⁾.

Erstaunen mag wiederum die Tatsache, daß gerade dieser Gedanke der anwaltlichen Beistandspflicht gesetzlich verwirklicht ist, allerdings wiederum erst in einem vorgerückten Stadium des Verfahrens, nämlich im Anfechtungsverfahren (§ 668); hier ist dem klagenden Entmündigten - auch bei Aussichtslosigkeit seiner Klage²⁾ - auf Antrag ein Rechtsanwalt zu bestellen.

1) vgl. v. Aufseß ZZP 58, 131; Röhl NJW 60, 1478, Beyer DFG 1936, 184, auch Bovensiepen DJZ 1929, 303 (304) und Cohn JW 1925, 315 u. 318.

2) OIGZ 17, 352; Seuffert-Walshmann § 668 N. 1.

Es wird ihm erst in der "2. Instanz"¹⁾ ein prozessualer Beistand zugeordnet, der aber in der 1. Instanz (EBV) von erheblich größerer Bedeutung gewesen wäre: Dort braucht der zu Entmündigende prozessuale Artikulationshilfe, während sie im Anfechtungsverfahren ohnehin durch den landgerichtlichen Anwaltszwang gewährleistet wird (§ 78 bzw. § 668 ZPO).

Die Garantie der Rechte des Betroffenen, sachgerechte Anträge zu stellen und auf das Verfahren Einfluß zu nehmen, ist daher im EBV nicht ausreichend gewährleistet.

VII. Gutachten - § 654 ZPO

Zwingende Voraussetzung für eine E wegen Geistesstörung ist die Begutachtung des Betroffenen durch einen Sachverständigen. Sachverständig i. S. dieser Vorschrift sind Psychiater und Gerichtsärzte²⁾. Sie sind in diesem Verfahren nicht nur Gehilfen des Richters, sondern bedingt auch Garanten des materiellen Rechts. Sie müssen entscheiden, ob eine Geistesstörung im medizinischen Sinne vorliegt. Hierbei hängt die Entscheidung oft wesentlich davon ab, welche Ausbildung der Sachverständige genossen hat, ob er Psychiater oder Psychotherapeut ist. Zur Verdeutlichung der unterschiedlichen wissenschaftlichen Erkenntniswege und Ergebnisse in der Beurteilung des Einzelfalles folgende Beispiele³⁾:

1) deren Beschreitung in Frage steht vgl. Statistik 3 (S. 29).

2) Thomas-Putzo § 654.

3) die Verf. der Praxis von Herrn Prof. Dr. Dr. Allwohn, Ffm., verdankt.

1. Ein Student der Pharmazie, hochintelligent, Abitur und pharmazeutische Vorprüfung überdurchschnittlich gut, zieht sich vor der Gesellschaft zurück und verfällt in Grübeleien; seine Studienleistungen sinken rapide ab. Der besorgte Vater zieht einen Facharzt für Psychiatrie zu Rate, der eine sofortige Einweisung zur Beobachtung in eine Heilanstalt veranlaßt - Diagnose: Schizophrenie. Diese Diagnose wird -auf Bitten des Vaters - von einem Psychotherapeuten nachgeprüft. Dieser stellt fest: der Proband, in strenger calvinistischer Erziehung aufgewachsen, leidet an Schuldgefühlen, weil es ihm streng verboten war, sich selbst zu befriedigen.

2. Ein Angestellter eines größeren Chemiekonzerns ist leitend mit Forschungsprojekten betraut. Im Rahmen dieser Tätigkeit kommt er häufig mit interessierten Wissenschaftlern zusammen. Eines Tages schreit er einen Gast der Firma, einen hochgestellten ausländischen Wissenschaftler, an und beschimpft ihn in übelster Weise. Es wird ihm fristlos gekündigt, nachdem ein Psychiater Geisteskrankheit diagnostiziert hat und ein erneutes Auftreten nicht auszuschließen ist.

In der Berufungsverhandlung vor dem Arbeitsgericht wird ein Psychotherapeut als Sachverständiger hinzugezogen, der folgendes Gutachten erstellt: der Proband sei nach seinem Abitur, auf Drängen seiner Eltern hin, die aus einfachen Verhältnissen stammten und ihm ein Studium nicht finanzieren konnten, in die Firma eingetreten. Durch seine überdurchschnittlichen Leistungen und Fähigkeiten wurde er schnell Leiter eines Forschungsprojektes, in dessen Rahmen er mit Akademikern zusammenkam. Bei einer solchen Gelegenheit kamen die angestaute Wut, nicht selbst Akademiker geworden zu sein, und ein hierdurch hervorgerufener Minderwertigkeitskomplex zum Ausbruch.

In beiden Fällen lautete die Diagnose des Psychiaters auf Geistesstörung. - Der Psychotherapeut dagegen stellte keine endogen oder exogen bedingte Erkrankung fest, sondern nur eine reaktiv bedingte Äußerung, die für sich allein gesehen noch keine Geistesstörung darstellt.

Lägen nun in beiden Fällen noch die objektiven Voraussetzungen ("Angelegenheiten nicht erledigen zu können") vor, so wäre sowohl von seiten des medizinischen als auch des juristischen Standpunktes eine E angebracht gewesen - obwohl, nach dem Gutachten des Psychotherapeuten, die medizinischen Voraussetzungen hierzu niemals vorgelegen haben. Juristisch hätte das zur Folge gehabt, daß der Betroffene - zu Unrecht - nicht mehr rechtsgeschäftlich selbstverantwortlich hätte handeln können.

Die Sicherung, die § 654 ZPO dem EV gibt, ist groß. Diese Vorschrift garantiert aber nicht in allen Fällen eine sichere, dem wirklichen Gesundheitszustand des zu Entmündigenden entsprechende Entscheidung der Sachverständigen. Die Fähigkeit des Betroffenen, selbstverantwortlich zu handeln, hängt von der Bejahung der Frage ab, ob eine beliebige Geistesstörung¹⁾ vorliegt. - Diese Diagnose beschränkt sich allerdings darauf, einen psychisch krankhaften, endo- oder exogen bedingten Zustand festzustellen. Reaktive Äußerungen, die ihrem äußeren Erscheinungsbild nach für eine Form der Geistesstörung gehalten werden können, sind dagegen nicht solche Fälle, die zu einer Entmündigung oder auch nur zur Bestellung einer Pflegschaft berechtigen würden. Der Vollständigkeit halber sei auch hier erwähnt, daß die Garantie des § 684 ZPO nicht auch für die E wg TS gilt. Auch hier wird - trotz gleicher pathologischer Gegebenheiten - ein verfahrensrechtlicher Unterschied gemacht, der wiederum nur aus der historischen Entwicklung des EV und der bürgerlich-

1) vgl. WarnRspr 17, 232.

rechtlichen E-Gründe zu erklären ist, aber die vitalen Interessen des Betroffenen nicht im notwendig gleichen Maße wie bei E wegen GK berücksichtigt.

VIII. Wirksamwerden der Entmündigung - §§ 661, 683 ZPO

Die E wird mit Zustellung des Entmündigungsbeschlusses an den Betroffenen (§§ 661 II, 683 II ZPO) bzw. mit der Bestellung des Vormundes bei GK für und gegen alle wirksam. Die materiellen Rechtsfolgen treten hierbei schon zeitlich vor dem Eintritt der formellen Rechtskraft ein, also schon vor dem Ablauf der Anfechtungsklagefrist (§ 664 I, III ZPO). Der Betroffene ist von diesem Augenblick an konstitutiv in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt oder bei GK sogar von allen Rechtsgeschäften ausgeschlossen.

Der Entwurf der ZPO begründete die vorläufige formelle Wirksamkeit damit, daß "ein Urteil, welches die Entmündigung wegen Geisteskrankheit ausspricht, nur einen vorhandenen Zustand feststellt, und (daß) die Erklärung des Beklagten als eines Verschwenders offenbar ihren Zweck verfehlen würde, wenn der Beklagte durch die Entziehung der Handlungsfähigkeit nicht sofort getroffen würde"¹⁾. Diese Begründung macht den sofortigen Eintritt der materiellen Rechtswirkungen schon mit Zustellung des Beschlusses durchaus verständlich. Die Vorwegnahme der materiellen Rechtsfolgen vor Eintritt der formellen Rechtskraft kann aber zu einem unzulässigen Eingriff

1) Hahn, Begründung des Entwurfes zu §§ 577, 678 CPO, S. 41. Hier geht der Entwurf der CPO von einem nur deklaratorischen Charakter der E wg GK aus. Diese Ansicht widerspricht aber dem konstitutiven Charakter der E nach § 104 Ziff. 3 BGB. Aus dieser unterschiedlichen Charakterisierung der E wg GK zeigt sich erneut, daß CPO und BGB zu unterschiedlichen Zeiten entstanden, ihre unterschiedlichen Beurteilungen des gleichen Sachverhaltes aber nach Einführung des BGB nicht behoben worden sind.

in die Rechtspersönlichkeit führen, solange nicht ein entsprechender unanfechtbarer Rechtszustand vorliegt.

1. Wird zum Beispiel eine E wegen GK ausgesprochen, so treten mit Zustellung des Beschlusses an den gesetzlichen Vertreter konstitutiv die Rechtswirkungen der Nichtigkeit eines jeden vom Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfts ein (§ 104 Ziff. 3 BGB). Wird der Beschluß infolge einer Anfechtungsklage (§§ 665, 672, S. 1 ZPO) aufgehoben, so sind nach § 115 I BGB alle von dem Entmündigten vorgenommenen Rechtshandlungen von Anfang an wirksam¹⁾. Einer Aufhebung der E infolge Anfechtungsklage kommt so rückwirkende Kraft zu²⁾ - die Rechtslage stellt sich dann so dar, als wäre niemals ein E-Beschluß ergangen.

Allerdings kann der schon erfolgte Eingriff in die Persönlichkeits- und Freiheitsrechte des Betroffenen nicht in gleicher Weise rückgängig gemacht werden.

2.a. Die Einlegung von Rechtsmitteln bewirkt im Regelverfahren der ZPO eine Hemmung der Rechtskraft³⁾ (§ 705 S.2 ZPO). Der Eintritt der materiellen Urteilstwirkungen ist solange ausgeschlossen, bis nicht ein endgültiger, unanfechtbarer Zustand geschaffen ist, es sei denn, das Urteil ist vorläufig vollstreckbar (§§ 708 ff. ZPO). An eine derartige vorläufige Wirksamkeit könnte man auch bei den §§ 661, 683 II ZPO denken. §§ 661, 683 II ZPO unterscheiden sich jedoch von der vorläufigen Vollstreckbarkeit insoweit, als durch diese die materiellen Urteilsfolgen schon "vorläufig" eintreten können, obwohl noch ein prozessualer Schwebezustand besteht, während bei der Wirksamkeit der Entmün-

1) Soergel - Siebert - Hefermehl § 115 Rdnr. 2.

2) Oertmann § 115 N 1; Planck § 115, 1.

3) Baumbach-Lauterbach § 705 D 2; beachte § 572 ZPO.

digung zwingend durch Zustellung bzw. Vormundbestellung der materielle Rechtszustand endgültig eintritt. Als Form einer vorläufigen Vollstreckbarkeit kann § 661 ZPO nicht angesehen werden.

2.b. Zwar ist die Anfechtungsklage (§ 664 ZPO) kein

Rechtsmittel im engeren Sinne; sie ist aber rechtsmittelähnlich¹⁾. Die äußere Rechtskraft der E tritt erst nach Ablauf der Anfechtungsklagefrist ein. Bezüglich der formellen Rechtskraft müßte daher § 705 ZPO entsprechend anwendbar sein. Ein E-Beschluß dürfte daher - entgegen § 661 ZPO - erst mit Rechtskraft wirksam werden.

Allerdings ist das EBV wesensmäßig ein Verfahren der FG: Es erstaunt daher nicht, daß die äußeren Wirksamkeitsvoraussetzungen der §§ 661, 683 II ZPO denen der FG nahezu entsprechen.

Nach § 16 FGG tritt - wie im EBV - die Wirksamkeit einer Verfügung mit Bekanntmachung an den Bekanntmachungsadressaten ein, nur in Ausnahmefällen ist die formelle Rechtskraft Wirksamkeitsvoraussetzung (z.B. §§ 55 a, 56 b, 56 c FGG). Eine solche Ausnahme gilt zwar nicht für die v.V. (§ 52 FGG), wohl aber für den actus contrarius der E, die Volljährigkeitserklärung (§ 56 II FGG).

Soll bei letzteren die materielle Wirksamkeit der Entscheidung wegen der besonderen Veränderung des Status, der nicht dem Wechsel nach Maßgabe des Rechtsmittels zuges ausgesetzt sein darf²⁾, erst mit Rechtskraft eintreten, so fehlt diese fundamentale Garantie der rechtskräftigen Entscheidung sowohl bei v.V. als auch bei E völlig.

Zwar gleichen sich E und v.V. in ihren äußeren Wirksamkeitsvoraussetzungen, doch besteht zwischen beiden in ihren tatsächlichen Voraussetzungen ein wesentlicher Unterschied.

1) vgl. Weinschenk Bay RPfl Z 1931, 201.

2) Jansen § 22 N. 2 a.

a.a.) Die v.V. als die "einstweilige Verfügung" des Entmündigungsrechts will wegen des dringenden Schutzbedürfnisses einen vorläufigen Rechtszustand schaffen, der einen erforderlichen Schutz sofort gewährt. Die Effektivität des Schutzes hängt von der sofortigen Wirksamkeit der Maßnahme ab: der Schutz der Person oder des Vermögens des Betroffenen muß hier, unabhängig von der formellen Bestandskraft der Verfügung, sofort möglich sein, damit eine weitere Eigenschädigung des Betroffenen verhindert werden kann.

b.b.) Dagegen ist die "sofortige" Wirksamkeit der Entmündigung nicht ganz einleuchtend: War Eile und somit sofortiger Schutz geboten, konnte man diesen Schutz über die vorläufige Vormundschaft erreichen. - War bisher eine solche noch nicht angeordnet, so besteht auch jetzt kein derartig dringendes Schutzbedürfnis, das nun eine sofortige Wirksamkeit gemäß §§ 661, 683 II ZPO rechtfertigen würde.

Durch die sofortige Wirksamkeit der E treten die Gestaltungswirkungen des Beschlusses schon zu einem Zeitpunkt ein, in dem die Vorfrage, ob ein hierzu berechtigender Gestaltungsgrund überhaupt vorliegt, noch nicht endgültig beantwortet ist. Die Gestaltungswirkung inter omnes kann jederzeit durch erfolgreiche Erhebung der Anfechtungsklage mit ex-tunc-Wirkung (§ 115 BGB) beseitigt werden, obwohl eine gegenteilige Gestaltung der Rechtslage für die Zeit von der Wirksamkeit des Beschlusses an bis zur Rechtskraft des Anfechtungsurteils (§ 672 S.2 ZPO) für Dritte bindend eingetreten ist. Der Eingriff in die Rechtspersönlichkeit und die hierdurch bewirkte Gestaltung privat- und öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse des Betroffenen wirkt ohne die Sicherheit der Bestandskraft über die Dauer eines Rechtsmittelverfahrens hinaus. Dies ist allerdings nicht nur fragwürdig, sondern rechtlich geradezu bedenklich.

Fast alle eine Instanz abschließenden Beschlüsse und Urteile werden im Zivilprozeß erst mit Rechtskraft wirksam. Der Grund des Gesetzgebers, regelmäßig die formelle Rechtskraft zu fordern, ist evident: Die bislang unsichere Rechtslage soll von nun an klare Verhältnisse bezüglich des Verfahrensgegenstandes schaffen. - Der Rechtsfriede und durch ihn bedingt die Rechtssicherheit sollen durch die formelle Rechtskraft für die Zukunft gewährleistet werden.

Ist die Schaffung der Rechtssicherheit oberstes Ziel eines Verfahrens, so widerspricht der Eintritt der materiellen Urteilsfolgen vor Eintritt der formellen Rechtskraft diesem Ziel. Dies gilt schon für die vorläufige Vollstreckbarkeit von Leistungsurteilen. Die Vollstreckung findet schon statt, obwohl noch nicht endgültig über den Streitgegenstand entschieden ist; das erstinstanzliche Urteil kann also jederzeit durch die nächsthöhere Instanz aufgehoben werden. Es wird hier ein Eingriff in die Rechtssphäre des Vollstreckungsschuldners ermöglicht, obgleich der Grund des Eingriffs noch nicht endgültig feststeht. Allerdings stehen dem Vollstreckungsschuldner dann Schadenersatzansprüche zu, wenn das Urteil, aus dem vollstreckt wurde, aufgehoben oder abgeändert wird (§ 717 II S. 1 ZPO). Er ist also vor Schäden weitgehend geschützt.

Dem Eingriff ohne endgültigen Rechtszustand steht ein vermögensrechtlicher Ausgleich gegenüber - der vorläufige Eintritt der materiellen Urteilsfolgen ist somit inter partes rückgängig zu machen. Wegen des Schadenersatzausgleichs wird die durch die vorläufige Vollstreckbarkeit entstandene Rechtsunsicherheit erträglich. Dem Gedanken des Interessenschutzes wird auf diesem Wege dadurch letztendlich doch Rechnung getragen.

Anders stellt sich die Sachlage bei den Gestaltungsurteilen dar. Hier ist schon aus der Natur des rechtsgestaltenden Charakters heraus, der ja nicht nur "inter

partes", sondern über den Rahmen der "legitimi contradictores" hinaus "inter omnes" Rechtswirkungen zeitigt, eine "vorläufige Vollstreckbarkeit" wesentlich einschneidender als bei Leistungsurteilen. Dies gilt insbesondere für Gestaltungsurteile/ - beschlüsse auf Gebieten personenrechtlicher Gestaltung. Der inter partes festgestellte und auch Dritten gegenüber verbindlich werdende Inhalt der Entscheidung kann nicht nur für die Zeit des prozessualen Schwebezustandes, seine umfassenden Rechtswirkungen nicht für eine kurze Zeit entstehen, um nach Rechtskraft der Endentscheidung als niemals existent gewesen angesehen zu werden. Dadurch, daß gerade auf diesem Gebiet durch die Entscheidung a l l e betroffen werden, muß aus Gründen der Rechtssicherheit der Gestaltungsgrund feststehen und festgestellt bleiben.

Tritt die Gestaltungswirkung - wie in §§ 661, 683 II ZPO - vor Eintritt der formellen Rechtskraft eines die Instanz beendenden Beschlusses ein, so widerspricht das nicht nur dem Grundprinzip der ZPO, durch formelle Rechtskraft Rechtssicherheit zu begründen, sondern auch dem Gestaltungscharakter der E schlechthin¹⁾. Solange nicht abschließend (formell rechtskräftig) über das Vorliegen des Gestaltungsgrundes entschieden ist, kann und darf die Gestaltungswirkung inter omnes nicht eintreten²⁾.

-
- 1) Zwar wäre eine vorläufige Gestaltungswirkung hier auch denkbar. Diese aber darf gerade wegen des hier stattfindenden Eingriffs in die persönlichen Freiheitsrechte des Betroffenen eben nicht erfolgen, ohne den entsprechenden endgültigen rechtskräftigen Zustand erreicht zu haben (vgl. auch § 449 StPO).
 - 2) Selbst das FGG, das sich grundsätzlich für die Wirksamkeit bei Bekanntgabe (§ 16 FGG) entschieden hat, trägt nicht selten bei gestaltenden Verfügungen dem Erfordernis der Rechtskraft Rechnung, so insbesondere bei der Volljährigkeitserklärung (§ 56 FGG), Feststellung der Vaterschaft (§ 55 b FGG), bei Ehelichkeitserklärungen (§§ 56 a, 56 b FGG), Anfechtung der Ehelichkeit (56 c FGG).

Hat sich das Gesetz bei anderen Entscheidungen (Leistungs-, Feststellungsurteilen) für das Erfordernis der formellen Rechtskraft als Voraussetzung für den Eintritt der materiellen Rechtsfolgen entschieden, so gilt das erst recht dann, wenn durch die Endentscheidung Rechtsverhältnisse mit inter-omnes-Wirkung gestaltet werden. Wenn sich der Gesetzgeber schon für das EVR als Sache des Zivilprozesses entschieden hat, weil der Zivilprozeß mit den größeren verfahrensrechtlichen Garantien ausgestattet ist und diese im EVR zum Tragen kommen sollen, so muß auch die Garantie der Rechtskraft ebenfalls bei Entmündigungsbeschlüssen gelten. Will der Gesetzgeber durch die formelle Rechtskraft Rechtssicherheit gewähren, kann er nicht gleichzeitig und ohne zwingenden Grund diese Garantie dann ausschließen, wenn es sich um einen derart radikalen Eingriff in die Persönlichkeit des Betroffenen handelt wie gerade bei der E. Gerade ein derartiger Eingriff erfordert die Unanfechtbarkeit des Beschlusses, durch den auch gleichzeitig das Vorliegen des Eingriffsgrundes für und gegen alle festgestellt ist.

IX. Kosten und Armenrecht

A. Kosten

1. Kostentragpflicht des Interdizenten

Die Kosten für seine Entmündigung hat der zu Entmündigende selbst zu tragen (§§ 658, 682 ZPO). Diese Regelung ist - abgesehen davon, daß jeder Prozeß Kosten verursacht - in sich gesehen kurios:

Einerseits soll durch den Entzug der Geschäftsfähigkeit u.a. die selbstverantwortliche Verpflichtungsfähigkeit genommen werden, also unvorteilhafte Rechtsgeschäfte ausgeschlossen werden; es soll die Familie vor drohender Gefahr des Notstandes geschützt werden, es soll eine

Vermögensmasse erhalten bleiben; andererseits aber soll der Entmündigte, das Schutzobjekt des oft sehr kostspieligen Entmündigungsverfahrens, die Kosten für seine eigene E tragen, und zwar sowohl notwendige als auch Anwaltskosten, ebenso die Kosten des Antragstellers¹⁾. Der Entmündigte wird im E-Fall wie ein im Parteienstreit Unterlegener behandelt, obwohl er nicht selbst Partei i.S. des kontradiktorischen Prozesses, sondern vorwiegend Objekt eines Verfahrens war.

Hierbei drängt sich ein Vergleich mit der Kostenregelung in der StPO auf. Mit jeder strafprozessualen Entscheidung ergeht eine Kostenentscheidung. Die Kosten hat der Verurteilte im Falle eines auf Strafe lautenden Urteils zu tragen (§§ 464 ff. StPO). In diesem Falle ist aber die materielle Rechtslage anders: das Gericht hat anhand des ermittelten Sachverhalts den Angeklagten für überführt angesehen, eine Straftat schuldhaft begangen zu haben. Aus dieser Verurteilung ergeben sich die Kostentragungspflichten. In diesem Fall waren Verfahren und Kosten für den Straftäter objektiv erkennbar, subjektiv voraussehbar und daher vermeidbar.

Ganz anders ist die materielle Lage bei dem zu Entmündigenden /Entmündigten.

Sein Verhalten ist ausschließlich die Folge eines krankhaften Zustandes, Folge einer unverschuldeten physischen Veränderung, letztlich also unabhängig von der freien Willensentscheidung des Betroffenen. Ihm aber trotzdem die Kosten anzulasten, ist grotesk.

Geht man von einem Regelstreitwert von 3.000.-- DM²⁾ aus, so entstehen schon in der 1. Instanz Kosten von mehr als 500.-- DM. Nicht weniger unangenehm wird die Situation für den Betroffenen, wenn er Anfechtungsklage erhebt. Bei einem Obsiegen der beklagten Staatsanwaltschaft trägt der Entmündigte, in entsprechender Anwendung der §§ 91-102 ZPO, die Kosten für die Rechtsmittel, falls er sie einlegen sollte³⁾. Selbst wenn man davon ausgeht, daß

1) LG Frankfurt Rechtspfl. 1952, 192.

2) Markl § 14 GKG; Anm. 4.

3) Kluckhohn, GruchBeitr. 62, 576.

es sich hierbei um "Streitverfahren" handelt, sich der "klagende" Entmündigte daher wie die unterliegende Partei entsprechend § 91 ZPO behandeln lassen muß, so muß man sich doch stets vergegenwärtigen, daß er nun klageweise und als Partei mit formeller und materieller Parteistellung ein Recht geltend macht, das in 1. Instanz nicht zu seiner Disposition stand.

Er wird gewissermaßen erst durch das für ihn negativ ausgegangene EBV in den Stand gesetzt, als Partei im "kontradiktorischen Prozeß" auftreten zu können (§ 664 ZPO). Die Kostentragungspflicht des Entmündigten ist hier Folge eines in diesem Zusammenhang zweifelhaften kontradiktorischen Verfahrens, das selbst auf einer fragwürdigen Konstruktion von unterschiedlichen Verfahrensformen (Beschluß- und kontradiktorischem Charakter) basiert.

Nahezu zum Zynismus wird die Kostenregelung im Falle der Aufhebung der E. (§§ 677, 685 ZPO). Trägt im Falle der Aufhebung nach erfolgreicher Anfechtungsklage die Staatskasse die Kosten (§ 673 ZPO), so hat der Entmündigte in dem ähnlich gelagerten Fall der Aufhebung wiederum die gesamten Kosten allein zu tragen (§§ 677, 685 ZPO). So hat der die Aufhebung beantragende und auch obsiegende Entmündigte - entgegen dem Normalfall, wonach allein die unterliegende Partei die Kosten zu tragen hat - (§ 91 ZPO) - als "Obsiegender" die gesamten Verfahrenskosten zu tragen.

Das Entmündigungsverfahren ist ein Verfahren, das zur Vormundschaft führen soll. Blickt man gerade in diesem Zusammenhang auf die Kostenregelung, die die Kostenordnung für das fG-Verfahren bei Vormundschaft und v.V. vorsieht, so muß man - zu seiner großen Verwunderung - feststellen, daß das Verfahren in Vormundschaftssachen - anders als das Verfahren nach § 658 bzw. 682 - regelmäßig kostenfrei ist (§ 91 KostO). Es wird hier - interessanterweise - eine Ausnahme von dem allgemeinen

Grundsatz der Kostentragungsverpflichtung in § 2 Ziff. 2 KostO gemacht, wonach derjenige Kostenschuldner ist, in dessen Interesse das Geschäft vorgenommen wurde. Unter diesem Aspekt gesehen wird die Kostenregelung des EVR, das mit der Vormundschaft in untrennbarem Zusammenhang steht, geradezu unverständlich, zumal auch materiell wie formell die Erwägungen angestellt werden können, wie sie der KostO zugrunde liegen.

Sieht man die Frage der Kostenpflichtigkeit des Betroffenen ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des eigentlichen Sinnes der E, nämlich durch die angeordnete Maßnahme Schutz zu gewähren, so stellt diese Schutzmaßnahme für den betroffenen Personenkreis zunächst erst eine mehrfache Belastung dar: materiell verliert der Entmündigte seine Geschäftsfähigkeit ganz oder teilweise, wodurch er nur noch beschränkt am rechtsgeschäftlichen Verkehr und häufig mittelbar auch nur noch beschränkt am Arbeitsleben teilnehmen kann, und seine Familie - soweit es sich beim z. E. um den Ernährer handelt - nur noch von einem geringeren Einkommen leben muß¹⁾, formell hat der Entmündigte darüber hinaus noch die Kosten für s e i n e E zu tragen einschließlich der Kosten für den Anwalt, falls er sich vertreten ließ.

Eine Entmündigung kann so gesehen ein Bumerang sein, der den Entmündigten und dessen Familie oft stärker treffen kann als das Fehlverhalten des Entmündigten.

1) Dies zeigt sich besonders deutlich bei der Entmündigung eines Beamten. Dieser "ist" dann in Ruhestand zu versetzen (§ 26 I BRRG). Das Ruhegehalt wird auf der Grundlage Ruhegehaltsfähiger Dienstbezüge und Dienstzeit berechnet (§§ 30, 64 BRRG). Die Pensionsansprüche, die ohnehin nur einen Teil des vollen Gehalts betragen, sind darüber hinaus noch vom Dienstalter abhängig. Es kommt also hierbei auch noch darauf an, wann der Betroffene entmündigt wird.

2. Kostentragungspflicht des Antragstellers

Bedenklich ist auch die Kostenregelung in §§ 658 II, 682 ZPO, wonach der Antragsteller die Kosten zu tragen hat bei § 658 II ZPO unter der Voraussetzung eines Verschuldens bei Antragstellung, in § 682 ZPO sogar unabhängig hiervon. Darüber hinaus hat der Antragsteller, falls er die Wiederaufhebung der E wegen TS und V erfolglos beantragt hat, die Kosten für das Verfahren zu tragen¹⁾. Das Gesetz erschwert so den von ihm selbst durch die E verfolgten Zweck: der Betreuung des Betroffenen, die nur durch einen Antrag - eben meist des privaten Antragstellers - erreicht werden kann. Verlangt das Gesetz ein privates Antragsrecht, setzt es aber den Antragsteller unmittelbar (§§ 658 Abs. 2, 682 ZPO) oder mittelbar (als Angehöriger des zu Entmündigenden) dem Kostenrisiko aus, so schränkt es dessen Entscheidungsfreiheit zuungunsten eines wirksamen Schutzes für den zu Entmündigenden ein. Ein wirksamer effektiver Schutz für den Betroffenen wird dann schon nahezu Illusion oder, wenn die Angehörigen diese Maßnahme tatsächlich ergreifen sollten, mehr als Äußerung einer echten Notstandslage anzusehen sein, wobei in der anzustellenden Güterabwägung die Kostentragung der Familie das kleinere Übel ist.

B. Armenrecht

Die EBV sind keine Rechtsstreitigkeiten im engeren Sinn²⁾, keine Parteiverfahren im Sinne des kontradiktorischen Prozesses.

Insofern ist die Anwendbarkeit der Armenrechtsvorschriften auf ein im Grunde ZPO-fremdes Verfahren nicht un-

1) vgl. Thomas - Putzo § 685 ZPO.

2) a.A. IG Frankfurt/O., JW 1928, 3065.

problematisch, zumal § 114 ZPO ausdrücklich von "Parteien" spricht.

1. Antragsteller

Der Antragsteller ist nur Partei im formellen Sinne¹⁾, Zwar verfolgt er mit dem E-Antrag kein eigenes subjektives Interesse, das als "Rechtsverfolgung" i.S. von § 114 Abs.1 ZPO qualifiziert werden könnte. Es trifft ihn aber im Falle eines "Unterliegens" (vgl. § 682 ZPO) oder eines Verschuldens bei Antragstellung (§ 658 Abs. 2 ZPO) das Kostenrisiko.

Darüber hinaus können ihn weitere "parteiliche" Prozeßverpflichtungen, wie beispielsweise Anwaltszwang im Beschwerdeverfahren (§ 663 ZPO) auch treffen. Gerade weil er Gefahr läuft, die Kosten auferlegt zu bekommen, muß ihm Armenrecht bewilligt werden²⁾. Dies gilt umsomehr, als er als wichtigster Initiator des EV (vgl. § 646 I ZPO), der ja nicht nur um seines, sondern um des Interdizenten willen die Verfahrenseinleitung bewirkt, dann weniger schutzwürdig als ein Kläger im Parteiprozeß, der ein eigenes Interesse verfolgt, gestellt sein würde.

Aus diesem und aus dem Grund, daß das EVR in der ZPO geregelt wird, sind auf den Antragsteller die Armenrechtsvorschriften der §§ 114 ff. ZPO anzuwenden.

2. Armenrecht für den Interdizenten

Im EWBV macht der Entmündigte ein subjektives Recht auf Aufhebung der E geltend. - Zur Vorbereitung dieses Ver-

1) vgl. o. S. 33.

2) sowie hier Seuffert-Walsmann § 658 N.3; Foerster-Kann, a.a.O., Schlosser a.a.O.; a.A. Petersen-Anger § 658 N. 2; Struckmann-Koch § 658 N. 2 nur auf den zu Entmündigenden beschränkt; Friedlaender a.a.O. generell ablehnend.

fahrens (zum Beispiel Erstellung von Gutachten) ist ihm mit Recht durch Entscheidung des LG Frankfurt/Oder¹⁾ das Armenrecht zuerkannt worden. Die Sachlage beim EBV ist dagegen eine andere. Hier tritt der zu Entmündigende nicht wie dort der Entmündigte in einer dem Prozeßkläger oder -beklagten vergleichbaren Rolle auf, wo der "Erfolg" seiner Rechtsdurchsetzung oder Rechtsverteidigung von der Bewilligung des Armenrechts abhängt. Beantragt er im EBV das Armenrecht, so kann es ihm nur zugesprochen werden, wenn die "beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung" hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 ZPO). Bei Streitsachen oder streitähnlichen Verfahren (so EWBV) ergeben sich bei der materiellen Vorprüfung des Sachverhalts keine Schwierigkeiten, wohl aber bei dem EBV: wird festgestellt, daß eine Maßnahme angeordnet werden wird, müßte aus diesem Grunde die Armenrechtsbewilligung abgelehnt werden, da der Betroffene eben nicht "obsiegen" wird. Erfolgt dagegen eine Ablehnung des Armenrechtsgesuchs, steht sich der Betroffene im Grunde nur besser, da mit Wahrscheinlichkeit keine die GFK beschränkende Maßnahme angeordnet werden wird, er also auch nicht kostentragungspflichtig würde (vgl. §§ 658 Abs. 1, 682 ZPO). In diesem Fall würde er, dessen Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (vgl. § 114 ZPO), als der wahrscheinlich "Unterliegende" behandelt, obwohl er bezüglich des "Streitgegenstandes", seiner in Frage stehenden GFK, doch obsiegen würde.

Eine direkte Anwendbarkeit des § 114 ZPO auf den Interdizenten im EBV stößt unter diesen Umständen, selbst wenn man ihn als "Partei" i. S. v. § 114 I²⁾ behandelt, auf Schwierigkeiten. Da aber dem Interdizenten die Kosten des Verfahrens auferlegt werden können, bedeutete es

1) LG Frankfurt/Oder JW 1928, 3065.

2) vgl. oben S. 38 f.

einen Vorstoß gegen den durch das A-R konkretisierten Grundsatz prozessualer Chancengleichheit, wenn dem Antragsteller gerade wegen seines Kostenrisikos AR gewährt wurde, dem Betroffenen selbst aber nicht.

Um zu einer Anwendbarkeit der Armenrechtsvorschriften auch auf den Interdizenten zu kommen, muß aus der Natur des EBV dann AR gewährt werden, wenn das Vorbringen des Antragstellers "hinreichende Aussicht" auf Erfolg, nämlich auf die E des Betroffenen, hat. Erst über eine Umkehrung der Voraussetzungen der Armenrechtsvorschriften dahingehend, daß sie für den Betroffenen durch eine erfolgsversprechende "Rechtsverfolgung" seitens des Antragstellers erfüllt werden, kann dem Grundsatz prozessualer Chancengleichheit im EBV entsprochen werden.

Würde ihm (dem z.B.) nicht ebenfalls das Armenrecht zuerkannt werden, um solche Tatsachen, die es ihm ermöglichen, das Nicht-Vorliegen eines Entmündigungsfalles zu beweisen, vorzubringen (z.B. in Form eines Gegengutachtens, Verfahrensvertretung durch einen Anwalt etc.), würden seine Verteidigungsmöglichkeiten beschränkt. Der Gesetzgeber hat das EBV als Teil der ZPO aufgenommen; dementsprechend gelten alle Vorschriften des "allgemeinen Teils" der ZPO entsprechend, soweit sie mit der Besonderheit des EBV vereinbar sind, so auch das Armenrecht der §§ 114 ZPO ff.¹⁾

X. Öffentliche Bekanntmachung

§ 687 ZPO sieht eine öffentliche Bekanntmachung des E-Beschlusses bei E wegen T und V vor; unterbleibt sie, treten die materiellen Wirkungen freilich trotzdem ein²⁾.

1) a.A. Friedlaender AcP 86, 471; 89, 206 N. 9.

2) vgl. StJ Schlosser § 687 II.

Der öffentlichen Bekanntmachung kommt in dieser Form nur eine Warnfunktion, aber keine Gestaltungsfunktion zu¹⁾. Die Bekanntmachung der E soll allein den Rechtsverkehr davon abhalten, mit dem Entmündigten zu kontrahieren, da er nur rechtsgeschäftlich durch die E geschützt wird. Darüber hinaus kennt die ZPO eine auch auf die E wegen GK und GSchw erweiterte öffentliche Bekanntmachung des Beschlusses nicht. Dieses mögen historisch bedingte Gründe verdeutlichen: Ursprünglich zeigten sich die Geistesstörungen in äußerlich feststellbaren Merkmalen: So definieren z.B. §§ 28, 29 I 1 AIR Geisteskrankheit als Blödsinn, Raserei und Wahnsinn. Die den Betroffenen umgebende Gesellschaft konnte aus dem Verhalten des Einzelnen auf eine Anomalität schließen, die wiederum einen Rückschluß auf dessen rechtsgeschäftliche Fähigkeiten zuließ. Der Rechtsverkehr war so durch das Verhalten des Betroffenen selbst gewarnt. Dies konnte insbesondere deshalb weit besser als heute erfolgen, weil der Betroffene, seine Familie viel stärker in die ihn/sie umgebende soziale Gemeinschaft (Kleinstadt, Gesellschaftsschicht) integriert waren, als es heute der Fall ist. Veränderungen in den Lebensverhältnissen, Mißgeschicke oder Krankheiten einzelner wurden in kürzester Zeit allen Mitgliedern der sozialen Gemeinschaft bekannt. Eine Notwendigkeit, Neuigkeiten ausdrücklich bekannt zu machen, bestand nicht; die Publizierung solcher Neuigkeiten erfolgte auf "natürliche" Weise: durch Mundpropaganda. Da darüberhinaus Handel und Verkehr (1792) noch nicht in dem Maße entwickelt waren, der Personenkreis (Rechtsverkehr), mit dem der Betroffene in Verbindung trat, räumlich auf seinen Wohnort begrenzt blieb, war eine weitere Publizierung einer angeordneten E wegen GK über den Wohnsitz des Betroffenen hinaus nicht erforderlich.

1) so aber z.B. § 11 II GmbHG, § 6 KO, § 13 GenG.

Anders lagen die Verhältnisse bei dem Verschwender: hier fehlte ein entsprechendes kognitives, äußerlich wertbares Merkmal. Zwar sahen Verwandte und Nachbarn, daß der Betroffene sein Vermögen verschleuderte; hieraus allein konnten keine für den Rechtsverkehr relevanten Schlüsse auf ein Vorliegen einer "sozialen Anomalie" gezogen werden¹⁾. Es mußte daher als ein "Ersatz" für ein kognitives Kriterium ein äußerlich wertbares Merkmal geschaffen werden, und zwar in Form der öffentlichen Bekanntmachung.

Das BGB verwischte durch Einfügung der neuen Entmündigungsgründe GSchw und T die historisch verständliche Unterscheidung von GK und V bezüglich der öffentlichen Bekanntmachung. Da Außenstehende anhand der konsumierten Menge Alkohols nicht feststellen können, ob eine Entmündigung wegen T vorliegt, so ist die Erweiterung des § 687 ZPO auch auf die T und die hiermit bezweckte Warnung Dritter durchaus konsequent. Unverständlich bleibt aber die Beschränkung der öffentlichen Bekanntmachung nur auf die Fälle der TS und V.

1) Schon in § 621 CPO wurde das EV wegen V dogmatisch klar vom EV wegen GK abgegrenzt. Diese Abgrenzung wurde auch noch im 1. Entwurf zum BGB (§§ 29, 29) beibehalten. Die V hatte eben keine "pathologischen" Ursachen (Medizinisch ist ein Krankheitsbild der Verschwendung nur als expansive Form der Paralyse bekannt; eine eigene Psychopathologie der Verschwendung im Sinne des juristischen Sprachgebrauchs kennt die Medizin hingegen nicht. Vgl. Eugen Bleuler zit. bei In der Beeck/Wuttke NJW 1969, 2269), sondern war mehr nur Folge einer gesellschaftsmoralisch disqualifizierenden Verhaltensweise, die durch ihren "Unwertgehalt" E-Grund war. Die E wegen V erfolgte aus sozialmoralischen Gründen ("Denn es gibt nicht einen Personenstand der GK und der V im Gegensatz zu einem Personenstand der Geistesgesunden und derjenigen, welche einen ordentlichen, nicht verschwenderischen Lebenswandel führen" (Siebenhaar, S. 573)).

Soll durch die E wegen GSchw nur ein geringerer Grad eines konkreten Schutzbedürfnisses erfaßt werden, so stellen sich zwei Abgrenzungsprobleme: wo ist die Grenze zwischen "gesunder Dummheit"¹⁾ und psychotischer Erscheinung zu ziehen, welche medizinischen Tatsachen müssen vorliegen, um schon einen fürsorgerischen Schutzeingriff zu rechtfertigen, und woran kann der Einzelne einen geistig Erkrankten, einen im juristischen Sinne Geistesschwachen, erkennen? Das Verhalten eines lustigen Menschen kann "verrückt", das eines zerstreuten Menschen als geistig absent qualifiziert werden, obgleich keine psycho-pathologische Veränderung nachzuweisen ist.

Das Verhalten eines Menschen, das von Dritten als normal, allenfalls als ein wenig skuril oder geistesabwesend angesehen wird, kann sich medizinisch und juristisch als Geistesstörung darstellen mit der Folge, daß jedes Rechtsgeschäft schwebend unwirksam oder sogar nichtig ist. Dritte bleiben desungeachtet aber ungewarnt, wenn sie mit dem Betroffenen kontrahieren.

Die moderne Psychiatrie hat gezeigt, daß das alte, an äußeren Kriterien erkennbare Krankheitsbild psychiatrischer Erkrankungen, das noch ZPO und BGB zugrundelag, nicht mehr mit ihren wissenschaftlichen Erkenntnissen übereinstimmt. Die Gruppe der Geistesgestörten, deren Krankheitsbild dem des Wahnsinns, Blödsinns oder der Raserei entspricht, ist heute überwiegend in Anstalten untergebracht - sie spielen für die Frage des Rechtsverkehrsschutzes so nur eine unbedeutende Rolle. Für den Rechtsverkehr als unsichtbare Interessengefährdung von Bedeutung und psychiatrisch die häufigste Erscheinungsform geistiger Erkrankung sind die Psychosen. Diese Geisteskrankheiten sind selbst für Spezialisten nicht ohne eingehendere Probation erkennbar, der Kranke äußert

1) vgl. Bleuler S. 111.

Dritten gegenüber keinerlei Abweichungen vom Normalverhalten, die zur Vorsicht bezüglich seines rechtsgeschäftlichen Handelns warnen würden.

Durch die wissenschaftlichen Erkenntnisse der Psychiatrie bedingt müßte sich auch die Auffassung von dem Geisteskrankheitsbegriff ändern, der dem Gesetz zugrunde liegt¹⁾. Von äußerlich feststellbaren Kriterien kann nicht mehr ausgegangen werden, da sich selbst schwerste seelische Störungen nach außen hin nur selten zeigen und so auch schwer gestörte nicht als Rasende, Wahnsinnige etc. anderen gegenüber auftreten. Nicht die äußeren Erscheinungsformen, sondern ihre Ursachen entscheiden heute über das Vorliegen einer Geistesstörung. Diese aber sind schon für Psychiater nicht so ohne weiteres, dann erst recht nicht für den "eiligen Zeitgenossen" erkennbar.

Es hat sich somit seit 1871 (AIR 1792) der Begriff der GK erheblich gewandelt. GK ist subjektives Phänomen, nicht mehr objektiv feststellbare Tatsache.

Obwohl die Rechtsprechung in § 104 Ziff. 3 (ebenso in § 104 Ziff. 2 BGB) den neuen, psychiatrischen Geisteskrankheitsbegriff zur Grundlage ihrer Entscheidungen gemacht hat²⁾, hat sich das Gesetz jedoch nicht dementsprechend konsequent bei E wegen GSchw diesen neuen Gegebenheiten angeglichen. Es fehlt in den Fällen von E wegen GSt, weil eben keine äußerlich feststellbaren, durch die Krankheit hervorgerufenen Kriterien mehr vorhanden sind, ein kognitives Merkmal, wie es bei TS und V durch die öffentliche Bekanntmachung "konstruiert" wird, das Dritten die Änderung der rechtsgeschäftlichen Situation des Kranken aufzeigt.

1) In §§ 104 Ziff. 2, 104 Ziff. 3 und 105 kommen durch die Rechtsprechung auch diese Kriterien zum Tragen, aber das Gesetz in seiner Starrheit ist nicht konsequent mitverändert worden.

2) BGH FamRZ 70, 641; OLG Hamburg MDR 54, 480.

Die Anonymität des Entmündigten im Rechtsverkehr, die Unmöglichkeit des Erkennens seines Entmündigtseins für Dritte und deren Vertrauen auf die im Auftreten im Rechtsverkehr liegende Vermutung der GFK stellt die geltende Regelung in Frage. Die Warnfunktion, die die Veröffentlichung der E wegen TS und V hat, erstreckt sich trotz entsprechender rechtsgeschäftlicher Folgewirkung im Außenverhältnis nicht auch auf die E wegen Geistesstörung.

Schon im Laufe der Kommissionsberatungen wurde die öffentliche Bekanntmachung der E wegen GK diskutiert; auch wurde ein Antrag vorgelegt, nach dem die öffentliche Bekanntmachung in das Ermessen des Gerichts gestellt werden sollte¹⁾. Dieser Antrag wurde jedoch mit der Begründung abgelehnt, daß bei Geisteskranken kein Bedürfnis einer Veröffentlichung bestehe²⁾. Eine solche könne sich außerdem negativ auf die Gesundheit des Geisteskranken auswirken³⁾.

Diese wenig überzeugende Begründung reichte aus, die öffentliche Bekanntmachung auf den Fall der E wegen V zu beschränken. So setzt sich denn auch zum Beispiel Bovensiepen⁴⁾ über die Bedenken hinweg, daß dem Entmündigten und seinen Angehörigen durch die Bekanntmachung einer "anstößigen und moralisch wie gesellschaftlich disqualifizierenden Entmündigung" Schaden im gesellschaftlichen Ansehen entstehen könnten. Er fordert eine Bekanntmachung auch dieser Fälle zum Schutz der Allgemeinheit, denn "unangebrachte Sentimentalität verdient hier keine Schonung"⁵⁾.

Geht man von diesem gesellschaftsmoralischen Standpunkt aus, so ist es nicht weniger "diskriminierend", die E wegen TS öffentlich bekanntzumachen. Aber eine solche Bekanntmachung schreibt das Gesetz ausdrücklich vor,

1) Hahn, Protokolle, S. 906 (Abg. Bühr).

2) Hahn a.a.O. (Abg. Kralbaum).

3) Hahn a.a.O. (Abg. Zinn: beachte auch Abg. Pfafferott).

4) a.a.O.

5) Bovensiepen a.a.O., Sp. 304.

ohne dabei die Interessen des Betroffenen, seiner Familie und die gesellschaftsmoralischen Konsequenzen der E auf die psychische Struktur des Betroffenen zu berücksichtigen.

Ist TS eine krankhaft bedingte Erscheinung¹⁾, soll durch die Entmündigung die verlorene Selbstkontrolle wiederhergestellt und somit ein "resozialisierender Effekt" erreicht werden, müßten die Bedenken Zinns²⁾ hier zumindest auch gelten.

Es ist kein Grund ersichtlich, die Entmündigungsgründe bezüglich der Bekanntmachung unterschiedlich zu behandeln.

Brand³⁾ bezeichnet diese gesetzliche Regelung mit Recht als "gefährliche Halbheit". Wenn der Gesetzgeber das Bekanntmachungserfordernis auf T und V beschränkt, so beschränkt er damit die Drittwarnung einerseits auf alle Fälle, denen ihrer statistischen Häufigkeit nach⁴⁾ nur geringe Bedeutung zukommt, läßt aber andererseits zu, daß der wegen GST Entmündigte durch sein freies Auftreten im Rechtsverkehr schutzwürdige Interessen Dritter verletzt, ohne selbst dafür verantwortlich gemacht zu werden. Konsequenterweise wird daher eine Ausdehnung der Veröffentlichung auch auf die Fälle der Geistesstörung gefordert⁵⁾.

1) vgl. Ehrhardt in Ponsold, S. 222.

2) Hahn, Protokolle, S. 906, s.o. S.

3) s. S. 72.

4) vgl. o. S. 28.

5) Bovensiepen DJZ 1929, Sp. 303/304.

Brand a.a.O.

Hardeland Ihrings JB 37, 186.

Brettner GruchBeitr. 44, 70 bzgl. v.V.

5. Kapitel

Kritik des materiellen Rechts

I. Ermessen

Der Gesetzgeber hat § 6 BGB als "Kann"-Vorschrift¹⁾ ausgestaltet. Diese Vorschrift wird jedoch nach wohl herrschender Meinung²⁾ als zwingend angesehen. Die Herausbildung dieser Meinung liegt wohl in der Tatsache begründet, daß bei Vorliegen der E-Voraussetzungen (§ 6 BGB) ein Verfahren nach den Vorschriften der §§ 645 ff. ZPO eingeleitet werden muß. Es wird so aber von der Folge auf deren Voraussetzungen geschlossen. Würde ein Verfahren durchgeführt, und wird das Vorliegen der E-Voraussetzungen festgestellt, so muß entsprechend dem E-Antrag entmündigt werden. Für diese Meinung mag auch sprechen, daß Zwangspflegschaft und v.V. als E-Surrogate entwickelt worden sind. Wie anders wäre diese eindeutige Umgehung des Gesetzes durch die Rechtssprechung zu erklären, wenn nicht die starre gesetzliche Regelung nur die eine Möglichkeit offenließe und so eine Anpassung der Rechtsfolgen an die Bedürfnisse des konkreten Einzelfalles ausschloße.

Trotz dieser Gründe kann der überwiegenden Meinung nicht gefolgt werden. Zum einen spricht gegen sie der Wortlaut des Gesetzes selbst. Wenn der Gesetzgeber einen Entmündigungszwang gewollt hätte, hätte er auch die sprachlichen Möglichkeiten gehabt, dies zum Ausdruck zu bringen. So formulierte Art. 489 c.c.a.F. eindeutig, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen der Betroffene "doit être interdit", die E also erfolgen mußte⁴⁾.

1) so schon § 28 des 1. Entwurfs.

2) S. 22 N. 3.

3) vgl. Levis ZBl FG 14, 257.

4) vgl. hierzu Art. 369 ff. ZGB "Unter Vormundschaft gehört..." Auch hier wird sprachlich eindeutig ein E-Zwang ausgesprochen.

Zum anderen ist das Entmündigungsrecht materiell eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dort ist dem Richter aber häufig keine unbedingte Verpflichtung auferlegt, auch bei Vorhandensein der jeweiligen Voraussetzungen die gesetzlich vorgesehene Maßnahme zu verfügen.

Es ist dem Richter aufgrund des ihm in dieser Verfahrensart eingeräumten Ermessens nicht selten möglich, trotz Vorliegen aller gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen sich entsprechend seiner *causa cognitio* auch mit einer schwächeren Form des Schutzeingriffs zu begnügen. Gerade weil es sich hier um Fälle der Rechtsfürsorge handelt und die Vorschrift des § 6 BGB Ermessensvorschrift ist, kann des Staates fürsorgerische Allmacht nicht gleich in Form einer E über den Betroffenen kommen, solange die Lage des konkreten Einzelfalls noch eine weniger stark in die Rechtspersönlichkeit des Betroffenen eingreifende Maßnahme, z.B. Pflegschaft, zuläßt. Würde dem nicht so sein, so würde sich der durch die zwingend vorgeschriebene Maßnahme der E bewirkte Schutz als "Überschutz" und sich somit als Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darstellen.

Der E-Zwang bei Vorliegen der E-Voraussetzungen und die Ersatzformen der E, die sich herausgebildet haben, um gerade dem Zwang, entmündigen zu müssen, zu entgehen, beweisen die Fragwürdigkeit eines E-Zwangs, deuten darüberhinaus auf Bemühungen hin, die Möglichkeiten auf der Rechtsfolgeseite zu erweitern und dem Richter ein größeres Gestaltungsermessen zuzubilligen, als es das geltende Gesetz zuläßt.

II. Geisteskrankheit und Geistesschwäche

A. Tatbestandliche Problematik

Die Vorschrift des § 6 ist in zwei Tatbestandteile zu untergliedern: in einen subjektiven und einen objektiven. Der subjektive Teil, der Entmündigungsgrund, muß in der Person des zu Entmündigenden vorliegen, z.B. die Geisteskrankheit. Der objektive - der von außen her zu beurteilende Tatbestandteil - erstreckt sich u.a. darauf, daß der Betroffene "seine Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag" bzw. "sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt" (Ziff. 2 und 3) oder "die Sicherheit anderer gefährdet" (Ziff. 3 3. Alternative). Diese Trennung ist insbesondere bei der Definition von GK und GSchw. von Bedeutung.

Die von der medizinischen Terminologie in das Zivilrecht übernommenen Begriffe GK und GSchw. entsprechen - besonders im ER - nicht der medizinisch-psychiatrischen Definition¹⁾. Wird auf medizinischem Gebiet die Krankheit als solche und somit der subjektive Tatbestandteil definiert, so erfolgt dagegen die juristische Begriffsbestimmung des subjektiven Tatbestandteils des § 6 I 1 BGB nach objektiv bestimmbareren Kriterien, nämlich nach dem Grad, der Stärke, Tiefe, Ausdehnung und Ausdauer der Störung des Rechtslebens²⁾. Eine Qualifizierung der seelischen Abnormalität als Geisteskrankheit im juristischen Sinne richtet sich nach dem objektiven Tatbestandsmerkmal "seine Angelegenheiten zu erledigen vermag", sie richtet sich nach der Beziehung des Betreffenden zu seinen Angelegenheiten und nach der Sozialbezogenheit dieser Angelegenheiten.

1) s. hierzu oben S. 6 f.

2) Naegele LZ 1925, Sp. 286 f.

vgl. auch Milferstaedt GruchBeitr. 41, 526 f.

Geistesstörung im juristischen Sinne ist demnach eine beliebige psychische Anomalie ohne spezielle medizinische Qualifizierung, die den Betreffenden an der zweckmäßigen Besorgung seiner Angelegenheiten hindert.¹⁾

Es kommt somit nicht wesentlich auf das Vorliegen einer GK oder GSchw im medizinischen Sinne an, sondern das Gericht kann anhand des Kriteriums "seine Angelegenheiten zu besorgen" bestimmen, ob GUFK oder noch beschränkte GFK als geeignete E-Folge eintreten soll. Ob also E wegen GK oder GSchw ausgesprochen werden muß, hängt von den "Angelegenheiten" ab.

Diese so ermöglichte objektive Definition des Begriffs der GK in § 6 BGB läßt sich auch aus anderen Bestimmungen des Gesetzes herleiten: Nach § 104 Ziff. 3 BGB ist geschäftsunfähig, wer wegen GK, nach § 114 BGB ist beschränkt geschäftsfähig, wer wegen eines anderen Entmündigungsgrundes entmündigt worden ist. Daraus folgt: Geisteskrank ist, wer geschäftsunfähig und nicht mehr beschränkt geschäftsfähig ist. In Beziehung zu den "Angelegenheiten" gesetzt heißt das: Geisteskrank ist, wer völlig unfähig ist, seine Angelegenheiten selbstverständlich zu erledigen.

Somit kann ein der medizinischen Terminologie entnommener Begriff juristisch definiert werden. Hiernach kann ein im medizinischen Sinne Schwachsinniger geisteskrank im Sinne dieser juristischen Definition sein, oder ein Schizophrener, ein im medizinischen Sinne Geisteskranker, geistesschwach im Sinne von § 6 BGB sein. Für die juristische Beurteilung kommt es lediglich auf die Beantwortung der Frage an, ob überhaupt ein abnormer, krankhaft bedingter Zustand vorliegt. Ist dieser erheblich und sein Einfluß auf den Betroffenen beträchtlich, und zwar so sehr, daß der Betreffende alle bzw. den überwiegenden Teil seiner Angelegenheiten nicht mehr

1) beachtlich auch Langelüddecke, S. 214, 216 f.; desgl. Schultze in Hoche S. 260/261 N.1; vgl. auch Leppmann RVgl. Wörterbuch S. 80 betr. Frankreich.

selbstverantwortlich zu erledigen vermag, so liegt GK im juristischen Sinne vor. Kann ein seelisch Kranker ganz oder teilweise selbständig für sich sorgen, so gibt er - trotz Erkrankung - keinen Anlaß, unter besonderen Schutz gestellt zu werden. Kann dagegen ein an altersbedingter Verkalkung Leidender seine Angelegenheiten weder überschauen noch die Tragweite seines Handelns erfassen, so bedarf sein Verhältnis zu Dritten eines besonderen Schutzes, so daß hier - ohne daß eine psychische Erkrankung i.e.S. vorliegt, eine E wegen GK möglich sein könnte. Entscheidend ist hiernach weniger die abnorme, krankheitsbedingte Situation des Betroffenen, deren Folge eine Unfähigkeit selbstverantwortlichen Handelns ist, sondern vielmehr seine abnorme Beziehung zu seinen Angelegenheiten, die entsprechend ihrer "Normabweichung" und dem Schutzbedürfnis des Betroffenen nach geltendem Recht als GK oder GSchw qualifiziert werden¹⁾.

In der Praxis kann diese Begriffsbestimmung zu den merkwürdigsten Ergebnissen führen. Geht man von drei Personen aus, einem Fabrikanten, verheiratet, 2 Kinder, einem verheirateten Arbeiter mit ebenfalls 2 Kindern und einem ledigen Arbeiter ohne Kinder, liegt bei allen dreien die gleiche psychische Erkrankung vor, so kommt man - will man den E-Grund feststellen - doch zu unterschiedlichen Ergebnissen. Es muß jeweils der Umfang der zu erledigenden Angelegenheiten bestimmt werden und mit ihm der Entmündigungsgrad. Der Kreis der zu erledigenden Angelegenheiten des Fabrikanten ist größer als der der beiden Arbeiter, der Kreis der Angelegenheiten, die der verheiratete Arbeiter erledigen muß, ist wiederum größer als

1) so wie hier auch Hartmann, S 8 4;
Arnold FamRZ 1971, 289 (290), Bumke ZAKDR 1935, 164.

der des ledigen Arbeiters. Bestimmt man danach den jeweiligen Entmündigungsgrund, so kann es sich ergeben, daß der Fabrikant wegen GK (!), der eine Arbeiter wegen GSchw und der ledige Arbeiter eventuell überhaupt nicht entmündigt würde, u.a. deswegen, weil der Umfang der Angelegenheiten zu gering ist¹⁾.

Die unterschiedliche juristische Beurteilung gleicher medizinischer Gegebenheiten ist eine Folge der Berücksichtigung der sozialen Verhältnisse, die den Betroffenen umgeben. In der Mehrzahl der Fälle werden bezüglich der unterschiedlichen Begriffsdogmatik in Psychiatrie und Jurisprudenz keine größeren Probleme auftauchen; eine Entmündigung wird sowohl aus ärztlicher als auch aus juristischer Sicht her geboten sein. In Ausnahmefällen, die naturgemäß Grenzfälle sind, wird eine Problematik offenbar, die der Gesetzgeber in ihrer Wirkung nicht ganz überschaut hat: Die Entscheidung, ob jemand wegen GK oder GSchw entmündigt werden soll, ist eine Entscheidung zwischen dem "rechtsgeschäftlichen Tod" und einem Rahmen beschränkt selbständigen Handelns.

Die Entscheidung wird aber gerade wegen der Berücksichtigung des sozialen Faktors durch die den Betroffenen umgebende Umwelt (Moralauffassung insbesondere bei TS und V) einerseits und durch die Unmöglichkeit, die eigenen Angelegenheiten von dritter, nicht staatlicher Seite (z.B. durch Prokuristen oder Verwandte) erledigen zu lassen andererseits, mit beeinflusst. Die "Angelegenheiten" lassen durch ihre Sozialbeziehung unwägbare Kriterien in die Entscheidung mit einfließen, unwägbare

1) Hinzu kommt in diesem Fall noch, daß darüberhinaus prozessual eine entscheidende EV-Voraussetzung, nämlich ein Ast i.S. v. § 646 I ZPO fehlen wird.

Kriterien, deren Einfluß auch eine Neuregelung nicht ganz ausschließen kann.

Die E in der heutigen Form läuft aber gerade wegen einer Überbetonung der "Angelegenheiten" Gefahr, die Unfähigkeit, Angelegenheiten nicht erledigen zu können, mit E zu sanktionieren. Personengruppen, die ihre Angelegenheiten durch Dritte (Fremderledigung der Angelegenheiten) erledigen lassen können, werden so privilegiert, so daß sie entmündigungsrechtlich kaum in Erscheinung treten werden. Dann aber wird die E zu einer Maßnahme, die nur sozial schwächere Personengruppen trifft. Es muß daher versucht werden, durch eine geeignete Regelung in Zukunft alle Fälle von Schutzbedürftigkeit, unabhängig von den sozialen Gegebenheiten, in denen der Schutzbedürftige lebt, erfassen zu können.

B. Rechtsfolgenproblematik

Rechtlich lediglich vorteilhafte Rechtsgeschäfte und Entmündigung

Wer wegen GK entmündigt ist, ist geschäftsunfähig. Er steht rechtsgeschäftlich einem Kinde unter 7 Jahren gleich (§ 104 Ziff. 3). Rechtshandlungen des Geisteskranken-Entmündigten sind rechtlich irrelevant. Sie binden deshalb auch den geschäftsfähigen Gegenkontrahenten nicht. Ein von einem wegen GK Entmündigten abgeschlossenes Rechtsgeschäft äußert keinerlei Rechtswirkung, selbst dann nicht, wenn der Betroffene durch es einen rechtlichen Vorteil erlangt (arg. § 107 BGB).

Nach dem Gesetz gilt § 107 BGB nur für Minderjährige und ihnen gleichgestellte Volljährige (§ 114 BGB). Es soll ausgeschlossen werden, daß Minderjährige an Verträge gebunden bleiben, durch die sie nicht lediglich Rechte erwerben oder von Verbindlichkeiten befreit

werden¹⁾. Dabei wird "rechtlich vorteilhaft" gleichgestellt mit "aus gegenseitigen Verträgen keine Verpflichtungen tragen müssen"²⁾. Es besteht von Gesetzes wegen ein Ausschluß rechtsgeschäftlicher Selbstschädigung bei Minderjährigen und ihnen gleichstehenden Entmündigten.

Ein in diesem Zusammenhang gern gegebenes Beispiel sei hier entsprechend angeführt. Ein beschränkt Entmündigter kauft ein Lotterielos und gewinnt eine halbe Million. Da der Kaufvertrag die Kaufpreisverpflichtung mit sich bringt, bleibt das Geschäft trotz des eindeutigen wirtschaftlichen Vorteils zunächst unwirksam (§§ 107, 108 BGB). Erst die Genehmigung des Geschäfts durch den Vormund ermöglicht es in diesem Fall, die Diskrepanz von rechtlichem und wirtschaftlichem Vorteil zu verhindern. So können dem Betroffenen auch die wirtschaftlichen Vorteile eines rechtlich unvorteilhaften Geschäfts zugute kommen. Diese Möglichkeit besteht dementgegen bei einem wegen GK Entmündigten nicht. Kauft er besagtes Los und macht er den Hauptgewinn, kann selbst der Vormund diesem Geschäft keinerlei Wirksamkeit verleihen - selbst durch Genehmigung nicht. Darüber hinaus entsteht keinerlei Bindung des Losverkäufers. Noch grotesker wird die Situation dann, wenn ein wegen GK Entmündigter eine Unfallversicherung abschließt und dann nach stets pünktlicher Zahlung der Raten der Versicherungsfall eintritt. Hier ist der Vertrag unwirksam, der Versicherer noch nicht einmal gebunden. Selbst der Vormund steht dieser Sachlage machtlos gegenüber, da er nicht einmal den Versicherungsschutz für sein Mündel durch Genehmigung

1) Hahn-Mugdan, Motive S. 425.

2) Die Motive (a.a.O.) sprechen zunächst nur von "vorteilhaft", erst in den Protokollen (S. 675) taucht erstmals die Formulierung "rechtlich vorteilhaft" (S. § 65 d.E.) auf.

des Versicherungsvertrages erlangen kann¹⁾, wohingegen der Vormund eines beschränkt Entmündigten diesem den Versicherungsschutz durch die Genehmigung zukommen lassen könnte.

Gerade diese Gleichstellung eines wegen Geisteskrankheit Entmündigten mit einem Kinde unter sieben Jahren führt in der Praxis zu widersinnigen Ergebnissen. So tritt im Vergleich zum beschränkt Entmündigten eine echte Benachteiligung des wegen GK Entmündigten ein. Weder ein eigenständiges Handeln kann erfolgen, noch ein wirtschaftlich vorteilhaftes Geschäft kann durch den GK-Entmündigten vorgenommen werden, da ein Genehmigungsrecht des Vormunds fehlt. Selbst der nichtentmündigte, geistesgesunde Vormund kann in diesem Falle nicht mehr eigenständig tätig werden. Ihm sind hier qua Gesetzes seine Möglichkeiten, zugunsten des Mündels zu handeln, eingeschränkt: das Gesetz widerspricht sich durch die Bindung des Vormunds an die rechtliche "Unmöglichkeit" des Mündels in solchen Fällen selbst. Es ist widersinnig, dem Vormund als gesetzlichem Vertreter des geisteskranken Mündels

-
- 1) Im Versicherungsfall wird man m.E. ein "faktisches" Vertragsverhältnis annehmen müssen, das den gleichen Folgen unterliegt wie ein rechtlich wirksames, nur, daß im Entstehungstatbestand die rechtlich geforderten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Sollte ein Versicherungsfall nicht eingetreten sein, so läge es auf der Hand, den Vormund des Mündels zu berechtigen, die geleisteten Versicherungsprämien (entspr. §§ 812, 142, 104 Ziff. 3, 2 BGB) zurückzuverlangen. - Dies aber widerspräche Treu und Glauben. Wird nämlich einerseits eine, wenn auch nur faktisch vertragliche Bindung des Versicherungsgebers trotz Nichtigkeit des eigenen Versicherungsvertrages angenommen, böte er also auch Versicherungsschutz im Versicherungsfall "sine causa", so wäre es treuwidrig, könnte sich das Mündel, nur weil der Versicherungsfall eben nicht eingetreten ist, auf die Nichtigkeit eben dieses Vertrages berufen. Insofern scheidet bei nichtigen, aber faktisch existenten Vertragsverhältnissen eine Anspruchsberechtigung aus ungerechtfertigter Bereicherung aus.

nicht die Rechte zu lassen, die der Vormund eines nur geistesschwachen Mündels noch besitzt. Gerade wegen der total beschränkenden Maßnahme - B wegen GK - aber sollte man eine Ausweitung der Kompetenzen dieses Vormundes annehmen können.

Es ist verwunderlich, daß der Vormund eines wegen GK Entmündigten den Schutz, den das Gesetz durch § 104 Ziff. 3 BGB allein dem Entmündigten zukommen lassen will, als gesetzlicher Vertreter auch gegen sich gelten lassen muß: e r soll doch den als inexistent angesehenen rechtsgeschäftlichen Willen des Mündels durch den seinen ersetzen. Er selbst hat aber diese Rechte nicht verloren. Aber er kann auch solche Rechte als gesetzlicher Vertreter des Mündels nicht zu dessen Gunsten ausüben, die allein dem Mündel genommen werden sollen. Das Gesetz aber verschließt ihm so als dem Vormund die Rechte aus §§ 106 ff. zugunsten seines Mündels.

Das Gesetz, will es den wegen GK Entmündigten davor bewahren, sich persönlich oder vermögensmäßig selbst zu schädigen, kann diesen Erfolg dadurch erreichen, indem es den wegen Geisteskrankheit Entmündigten einem beschränkt Geschäftsfähigen gleichstellt. Eines derart umfassenden Schutzes, wie ihn § 104 Ziff. 3 BGB gewährt,

bedarf es zu diesem Zwecke überhaupt nicht¹⁾).

- 1) Das Gesagte läßt sich auch noch dogmatisch belegen: Mit Erreichung des Volljährigkeitsalters wird ein Mensch aus der elterlichen Gewalt entlassen, das elterliche Bestimmungsrecht (§§ 1626, 1631 BGB) endet von diesem Augenblick an für die Zukunft. Dem Volljährigen steht nun das Recht, sein Leben selbstverantwortlich zu gestalten, zu. Volljährigkeit besteht daher aus zwei Elementen: einem formalen Element - dem Alter - und einem personalen Element - dem persönlichen Bestimmungsrecht. Dieses persönliche Bestimmungsrecht schließt das rechtsgeschäftliche Bestimmungsrecht zwingend mit ein, denn derjenige, der befähigt ist, sein Leben selbst gestalten zu können, muß dieses auch auf rechtsgeschäftlichem Gebiet können: rechtsgeschäftliches Handelnkönnen ist somit Folge des persönlichen Selbstbestimmungsrechts. Die Voraussetzungen des persönlichen Selbstbestimmungsrechts sind aber in den Fällen bestehender E-Notwendigkeit nicht mehr gegeben (Angelegenheiten (selbstverantwortlich) erledigen zu können). An die Stelle des bisher vorhandenen persönlichen Selbstbestimmungsrechts tritt das Fremdbestimmungsrecht durch den Vormund. Es wird durch E somit ein Zustand geschaffen, und zwar der Zustand, der vor Eintritt in die Volljährigkeit bestand. Durch die E wird nicht primär die GFK entzogen, die E ist also nicht Entzug der GFK zum Zwecke der Vormundbestellung, sondern bezweckt allein die Wiederherstellung der Vormundschaftsvoraussetzungen, die durch die Volljährigkeit weggefallen sind: mit dieser Wiederherstellung der Vormundschaftsvoraussetzungen fallen folglich die Voraussetzungen für ein eigenbestimmendes, rechtsgeschäftliches Handeln weg (arg. §§ 2, 6, 1626, 1631 BGB), der Eintritt der NGFK aufgrund wiederhergestellter Vormundschaftsvoraussetzungen ist nur Folge der E. Gerade auch § 1906 (114) BGB ist ein Indiz dafür, daß der Gesetzgeber bei der v.V. nur die Voraussetzungen für die Wiederherstellung der Vormundschaft schaffen und nicht primär in den Entzug der Geschäftsfähigkeit bewirken sollte. Auch bei der vorläufigen Vormundschaft bei einem Geisteskranken erfolgt - entgegen § 104 Ziff. 3 BGB - nur eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit).

Folgt man dem Gesagten, so reicht es auf rechtlichem Gebiet aus, den Betroffenen so zu stellen, daß er sich nicht selbst schädigen kann (vgl. § 107 BGB). Es muß danach genügen, ihn einem Beschränkt-Geschäftsfähigen oder genauer: einem Nicht-Geschäftsfähigen gleichzustellen.

Diese umfassende Rechtsfolge speziell bei E wegen GK wirkt erstaunlicherweise nur im Falle des § 104 Ziff. 3 selbst, während - mit Ausnahme von §§ 131, 2229 BGB - der Geschäftsunfähige bzw. der wegen GK Entmündigte wie ein Minderjähriger bzw. ein ihm gleichstehender Entmündigter behandelt wird¹⁾. (§§ 206, 682, 1469 Nr. 5, 1495 Nr. 3, 1673, 1780, 1865, 1885, 2201 BGB).

In diesen Fällen steht rechtsfolgemäßig der voll Entmündigte dem beschränkt Entmündigten (§ 114 BGB) gleich. Diese negative Bestimmung der Rechtsfolge anhand der genannten Vorschriften zeigt, daß allein der Nicht-Vollgeschäftsfähige kraft Entmündigung gewisse Handlungen nicht vornehmen kann bzw. soll. Nicht entscheidend ist dagegen der Grad seiner Nicht-Geschäftsfähigkeit. Von diesem Standpunkt her gesehen ist es im Ergebnis unerheblich, ob Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit eintritt.

Nur in den Fällen der §§ 131 I, 2229 BGB wird eine Ausnahme gemacht. § 131 BGB ist die Anknüpfung an die Vorschriften der §§ 104 f. BGB, ihm kommt keine eigenständige Bedeutung zu.

Dagegen steht aber § 2229 BGB. Ein Geschäftsunfähiger ist generell testierungsfähig (2229 I BGB). Dagegen wird aber der Entmündigte, gleichgültig, aus welchem Grund

1) was auch prozessual keinen Unterschied machen würde (§§ 52, 53 ZPO).

er entmündigt ist, als testierunfähig angesehen. Hieraus ergibt sich aber wiederum eine rechtsfolgemäßige Gleichstellung aller Entmündigten.

Von wenigen Ausnahmen¹⁾ abgesehen, setzt also das Gesetz außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 104, 114 BGB den beschränkt Entmündigten mit dem voll Entmündigten zivilrechtlich gleich.

Auch auf öffentlich-rechtlichem Gebiet treten E-Folgen ein, aber auch hier unabhängig vom E-Grund, somit auch unabhängig vom E-Grad. So ist der Entmündigte vom Wahlrecht ausgeschlossen (§ 13 Ziff. 1 B Wahl G), eine Ernennung zum Beamten ist nichtig, wenn der Betroffene entmündigt war (§ 11 Abs. 2 BBG). Auch hier wird auf das Entmündigtsein abgestellt, nicht auf den Grad der NGFK.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß es für § 104 Ziff. 3 keine Rechtfertigung gibt.

Die umfassende Wirkung des § 104 Ziff. 3 BGB, das Mehr an rechtsgeschäftlicher Einschränkung, wird durch den Zweck der E weder gedeckt noch durch das Gesetz in irgendeiner Weise als dringend notwendig bestätigt. § 104 Ziff. 3 BGB schränkt unzulässig das Recht des Vormundes ein, auch Geschäften, die das Mündel selbst vorgenommen hat, zu dessen Gunsten rechtliche Verbindlichkeit zu erteilen. Diese Vorschrift behandelt ohne ersichtlichen Grund den wegen GK Entmündigten ungleich anders als den beschränkt Entmündigten. Hierdurch wird der wegen GK Entmündigte von Rechten ausge-

1) s. auch § 2, 3 EheG., wobei hier wegen der rechtsgeschäftlichen Einwilligung (entspr. § 104 Ziff. 3) und der Erklärung an die Öffentlichkeit mit ihrer besonderen Wirkung eine Ausnahme gemacht werden muß.

schlossen, die dem beschränkt Entmündigten noch zustehen. Ein "Überschutz", der durch § 104 Ziff. 3 bewirkt wird, widerspricht sowohl dem Sinn der E, nämlich der Wiederherstellung der Vormundschaftsvoraussetzungen, als auch ihrem Zweck, den Betroffenen vor persönlichen und rechtsgeschäftlichen Selbstschädigungen zu schützen. Das Gesetz läßt durch § 104 Ziff. 3 BGB einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels zu.

III. Trunksucht

A. Tatbestandsproblematik

Die Denkschrift¹⁾ hat mit dem Begriff der "sittlichen Gesundheit des Volkslebens" einen bedenklichen normativen Begriff in die Diskussion gebracht.

Der soziale Gesichtspunkt bei einer E wegen T läßt sich nicht so ohne weiteres von der moralischen Auffassung über die T trennen²⁾. Es ist aber nicht die bürgerliche Moral, die eine E wegen T fordert, sondern der pathologische Zustand des Kranken in seiner Beziehung zur Umwelt.

Soziologisch und rechtspolitisch ist die E wegen T ein einzigartiges Phänomen. Die Intention, Entmündigungsschutz dort zu gewähren, wo er nötig ist, beschränkt sich bei der E wegen T auf eine bestimmte Gesellschaftsebene. Der Abgeordnete Frohme hat in der 2. Beratung³⁾

1) Mugdan, S. 824.

2) beachte Protokolle S. 587 "der Trinker sei ein nicht nur unnützes, sondern schädliches Glied der Gesellschaft, wie der erwiesene Einfluß der T auf die Zahl der strafbaren Handlungen gezeigt habe".

3) Mugdan S. 976.

auf die Gefahr hingewiesen, daß durch den Entmündigungsgrund T die weniger Bemittelten, besonders die Arbeiter, betroffen würden. Dies verdeutlicht der oben¹⁾ konstruierte Fall. Gibt der Arbeiter infolge Alkoholsucht den größten Teil seines Wochenlohns für Alkoholika aus, und gefährdet er hierdurch seine Familie bzw. setzt sie der Gefahr des Notstands aus, so läuft er Gefahr, entmündigt zu werden. Ganz anders liegen die Fälle des Fabrikanten und des Arbeiters ohne Angehörige. Gibt der ebenso trunksüchtige Fabrikant die gleiche Menge Geldes aus, die der erste Arbeiter aufwendet, oder noch wesentlich mehr, tritt eine Gefährdung seiner Familie oder die Gefahr des Notstandes nicht ein, da das monatliche Einkommen trotz der TS noch eine Aufrechterhaltung des derzeitigen Lebensstandards erlaubt. Anders wiederum liegt der Fall bei dem alleinstehenden Arbeiter. Hier liegen die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen zwar vor (Selbstgefährdung), es wird aber an den formellen Voraussetzungen fehlen: da er keine Familie hat, die nach §§ 646 I, 68o II ZPO antragsberechtigt ist, die Staatsanwaltschaft hingegen in den Fällen der T nicht selbst antragsberechtigt ist (§ 68o III ZPO), der antragsberechtigte Sozialverband (68o V ZPO) aber keine Kenntnis von den entmündigungsbegründenden Voraussetzungen hat, wird ihm kein Betreuungsschutz zugute kommen. Während seine finanzielle Stellung es dem Fabrikanten ermöglicht, trunksüchtig zu sein, ohne die Substanz seines Vermögens anzugreifen, reicht schon die Verwendung eines geringen Teils des Wochenlohns für Alkoholika aus, den verheirateten Arbeiter zu entmündigen. Man könnte resümierend sagen: wer vermögend, ledig oder verwitwet und kinderlos ist, wird nur in den seltensten Fällen unter die Vorschrift des § 6 I Ziff. 3 BGB fallen. Es fehlt hier wegen der ungewöhnlichen gesellschaftlichen Situation

1) s. S. 95 f.

des Betreffenden der Krankheit die Sozialbeziehung der Angelegenheiten, die entmündigungsbegründend wirkt.

Es fehlen leider Statistiken, die nach den persönlichen Verhältnissen und der beruflichen, sozialen und soziologischen Stellung der wegen TS Entmündigten aufgeschlüsselt sind. Es ist sicherlich nicht unberechtigt anzunehmen, daß der überwiegende Teil der trunksüchtigen Entmündigten aus sozial- und finanziell schlechtgestellten Verhältnissen stammen. Dagegen dürfte die Dunkelziffer der Trunksüchtigen der gehobenen Kreise erstaunlich hoch sein¹⁾, aber dem pathologisch-therapeutischen Betreuungsbedürfnis kann in diesen Fällen mangels gesetzlicher Voraussetzungen nicht entsprochen werden.

Die E wegen T bleibt also regelmäßig auf sozial minderbemittelte Personenkreise beschränkt.

Das für T Gesagte gilt entsprechend für Verschwendung: Verspielt ein Fabrikant an einem Samstag in einer Spielbank 500.-- DM, hat dies für ihn und seine Familie vermögensmäßig kaum eine Bedeutung. Verspielt dagegen der Familienvater (Arbeiter) den gleichen Betrag, so kann dieser nahezu den monatlichen Lebensunterhalt für die ganze Familie ausmachen. Der familien- und kinderlose Arbeiter wird "sich" zwar der Gefahr des Notstandes aussetzen. Solange aber kein Träger öffentlicher Gewalt auf seine Situation aufmerksam wird, bleibt ein Fürsorgebedürfnis ohne entsprechende Betreuung bestehen.

1) vgl. hierzu auch Langelüddecke S. 223. Ein Grund für die hohe Dunkelziffer bei Trunksucht liegt auch darin, daß Alkohol gesellschaftsfähig geworden, Trinken von alkoholischen Getränken "normal" ist. Ob eine TS vorliegt, ist schon deshalb bei einem Glas Alkohol nicht erkennbar.

B. Andere Suchterkrankungen

Die Aufzählung der Entmündigungsgründe im BGB ist abschließend¹⁾. Probleme werfen die Fälle auf, in denen zwar ein Betreuungsbedürfnis vorliegt, ein gesetzlicher Entmündigungsgrund aber nicht eingreifen kann, weil dessen Voraussetzungen nicht oder noch nicht erfüllt sind. Das gilt insbesondere für die Fälle der Rauschmittelsucht, des Tablettenmißbrauchs und der Nervenkrankheiten, die noch keine Geisteskrankheiten sind²⁾. Ein schützender Eingriff kann allenfalls dann erfolgen, wenn eine Allgemein- oder Selbstgefährdung im Sinne der landesrechtlichen Freiheitsentziehungsgesetze gegeben ist. - Für einen vorsorgemäßigen Eingriff mit privatrechtlichen Mitteln fehlt jedoch z.Zt. eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage.

Die enumerative Aufzählung der Entmündigungsgründe bewirkt, daß ein Fürsorgeschutz erst dann gewährt wird, wenn sich die Krankheit zu einem gesetzlich vorgesehenen Entmündigungsgrund ausgeweitet hat: Es muß demnach erst abgewartet werden, bis sich der Zustand des Patienten soweit verschlechtert hat, daß die gesetzlich

-
- 1) a.A. Naegele LZ 1925, Sp. 286 "nur beispielhafte Aufzählung".
 - 2) Neurosen im medizinisch-psychiatrischen Sinn sind keine Gründe, die zur E berechtigen. Sie sind keine Psychosen, also keine Geisteskrankheiten, die nach §§ 654, 655 ZPO festzustellen sind. Bei Zwangsneurosen kann allerdings die Grenzziehung zwischen Neurose und Psychose auch selbst von der Psychiatrie nicht eindeutig vorgenommen werden. Eine staatliche Fürsorgebetreuung wird daher erst dann möglich sein, wenn das Vorliegen einer Psychose diagnostiziert ist.

geforderten Entmündigungsvoraussetzungen erfüllt sind¹⁾. Dann aber ist der eigentliche Zeitpunkt eines umfassenden, schon frühzeitig wirksamen Eingriffs verpaßt. Sowohl Nervenkrankheiten als auch Suchtkrankheiten, die Vorstadien der GK sind, werden fürsorgegemäß nicht erfaßt. Ist erst einmal die Krankheit zu einer GK und somit zu einem Entmündigungsgrund ausgewuchert, so beschränkt sich der Betreuungsschutz zunächst darauf, die mittlerweile eingetretenen Wirkungen der Krankheit auf die Familie etc. zu beseitigen. Dann ist E zunächst erst Folgenbeseitigung und nicht schon präventiver Schutz vor einer möglichen Gefährdung oder Schädigung.²⁾

Eine betreuungsmäßige Erfassung der Rauschdrogensucht ist unbedingt erforderlich.

Die öffentlich-rechtlichen Freiheitsentziehungsgesetze, die auch bei Rauschdrogensucht Anwendung finden, können Schutz nur allein durch eine Unterbringung in einer Heilanstalt bewirken. Diese Gesetze kennen - ebenfalls wie das BGB - keine Staffelung verschieden starker und auf den Einzelfall abgestimmter Betreuungsmaßnahmen. Entscheidend ist, daß ein Eingriff mit dem Mittel der Freiheitsentziehung regelmäßig zu spät kommt, nämlich erst

-
- 1) Eine in Erwägung zu ziehende Gebrechlichkeitspflugschaft i.S. von § 1910 BGB kommt aus verschiedenen Gründen nicht in Betracht. Unter "geistige" Gebrechen fallen Nervenleiden nicht (ev. unter körperliche Gebrechen i. S. von § 1910 Abs.1), desgl. nicht Rauschmittelsucht oder Tablettenmißbrauch; weiterhin wird es in der Regel an einem Pflugschaftsantrag seitens des Pflegebedürftigen fehlen: eine Zwangspflugschaft, wie sie die Rechtssprechung entwickelt hat, kommt auch noch nicht zur Anwendung, weil sie noch nicht das Stadium der GK erreicht hat, das - nach Meinung der Rechtsprechung (RGZ 52, 240; 65, 199, ff.) - das Zustimmungserfordernis des Mündels wegen der durch die GK bedingten Unfähigkeit, rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben, als unerheblich behandelt (vgl. o.S. 23).
 - 2) Besondere Beachtung verdient hier der Vorschlag Hedemanns (§ 46 seines Entwurfs zu einem Volksgesetzbuch), der schon das Vorstadium der Verschwendung - die Vergeudung - als Entmündigungsgrund behandelt (Begründung S. 92).

dann, wenn die Sucht schon zu einer erheblichen Eigen- und/oder Drittgefährdung geführt hat und die zuständigen Stellen überhaupt von dem Vorliegen der Eingriffsvoraussetzung erlangt haben, was in der Regel erst über Umwege erfolgt. So etwa dann, wenn der Süchtige strafbare Handlungen begangen hat, seien es Verstöße gegen das Opiumgesetz, Apothekeneinbrüche, Rezeptfälschungen, oder sei es, daß er im Suchtrausch in der Öffentlichkeit auffiel. Solange er zu Hause seiner Sucht nachgeht und nicht in die Öffentlichkeit tritt, die Gefährdung oder Schädigung auf den familiären Kreis beschränkt bleibt, gibt es keine gesetzlichen Möglichkeiten einer Betreuung.

Eine alleinige Erfassung der gesamten Fälle mit dem Mittel der Freiheitsentziehung hat so drei Nachteile: Sie erfaßt nur solche Fälle, die über den privaten Rahmen hinaus in das Licht der Öffentlichkeit (daß der Staat überhaupt Kenntnis von seiner Pflichtigkeit erlangt hat) getreten sind. Zweitens kann eine Freiheitsentziehung allenfalls als ultima ratio einer Folge anderer, weniger schwerer Eingriffsmaßnahmen in Frage kommen. Wird sie aber als einzig mögliche Maßnahme für diesen Betreuungssektor angeboten, so läuft die Anordnung einer solchen Maßnahme Gefahr, gegen die Grundsätze von Verhältnismäßigkeit des Mittels und Notwendigkeit des Eingriffs zu verstoßen. Drittens liegt die Möglichkeit, mit Voraussetzungen der Freiheitsentziehungsgesetze zu operieren, zeitlich zu spät. Erst nachdem die Krankheit zum "Fall" geworden ist, kann eingegriffen werden.

Es fehlt nach jetziger Gesetzeslage die Möglichkeit, auch Frühstadien der Suchtkrankheiten betreuungsmäßig zu erfassen.

Das ständige Anwachsen der Rauschmittelsucht in den letzten Jahren zwingt zu geeigneten Maßnahmen ihrer Bekämpfung. Anhand der beschlagnahmten Menge von Haschisch bzw. Marihuana läßt sich nachweisen, in welchem bedroh-

lichen Maße die Rauschdrogensucht zugenommen hat. Die Kriminalpolizei beschlagnahmte in den Jahren 1960 - 1968 im Bundesgebiet einschließlich West-Berlin an den genannten Rauschdrogen 1960 1,3 kg; 1962 5,5 kg; 1964 42,2 kg; 1966 134,9 kg und 1968 381,0 kg¹⁾. Ob die Ursachen z.T. in der Neugier, ein Rauschmittel nehmen zu wollen, oder in einer zunächst ärztlich indizierten Schmerzbekämpfung bei Operationen oder schweren Geburten begründet liegen, ist unerheblich: was Ursache, was Wirkung ist, läßt sich in einem vorgerückten Stadium der Suchterkrankung ohnehin nicht mehr unterscheiden²⁾. Die Folge dieser Erkrankung sind menschliche Wracks, die ohne fremde Hilfe dahinsiechen, sich selbst aufgeben, oft in fast selbstmörderischer Art eher die Sucht bis zu ihrer letzten Konsequenz durchstehen wollen, als die Kraft aufzubringen, sich wenigstens zum Versuch einer Entziehung zu entschließen.

Ein Unterfall der Rauschmittelsucht ist die Tabletten-sucht, die durch gewohnheitsmäßige Einnahme meist schmerzstillender Tabletten bedingte Abhängigkeit. In einem großen Teil der auf dem Markt befindlichen Schmerz- oder Aufputzmittel befinden sich suchterzeugende Substanzen, die eine rauschähnliche Wirkung hervorrufen. Erinnerung sei hier insbesondere an das in vielen Schmerztabletten vorkommende Codein, dessen suchterzeugende Wirkung zwar bekannt ist³⁾, im Opiumgesetz aber selbst nicht als suchterzeugend aufgeführt wird. Das gleiche gilt für eine Reihe anderer Mittel und Substanzen, die im Körper mit Alkohol oder Coffein zusammen-

-
- 1) Aus "Arznei- und Rauschmittelmißbrauch", herausgegeben vom Senator für Arbeit, Gesundheit und Soziales Berlin 1970, S. 1.
 - 2) vgl. hierzu Bumke S. 197; hierzu eingehend Dubitscher NJW 1964, 434 (435), Vierth MMW 1967, 522.
 - 3) vgl. Ehrhardt in Ponsold, S. 119 Tabelle 1, S. 120 Tabelle 3.

gebracht, rauschähnliche Zustände hervorrufen¹⁾. Die ansteigende Zahl der Fälle von Rauschdrogenmißbrauch und Rauschdrogensucht stellt die Gesellschaft vor neue, in dieser Intensität bisher nicht bekannte Probleme. Ist es einerseits das durch Rauschdrogen bedingte Ansteigen der Kriminalität (z.B. Einbrüche, Urkundenfälschungen, Vergehen gegen das Opiumgesetz bis hin zur Tötung im Suchtrausch), das die Öffentlichkeit aufschreckt, so besteht andererseits die Schwierigkeit, diese Süchtigen zunächst erst einmal zu erkennen, um sie dann mit geeigneten Mitteln wieder zu "resozialisieren". Gerade im letzteren Falle stoßen Bemühungen verantwortlicher Gremien auf Widerstand in der Öffentlichkeit, so daß vordringliche Aufgaben auf diesem Gebiet häufig am Unverständnis der Bevölkerung scheitern.

Außerdem muß man das Kostenproblem bedenken, das sich zwangsläufig mit einer Heilbehandlung für den öffentlichen Kostenträger ergibt. Jede einzelne Entziehungskur, die - wohlgedenkt - erst dann einsetzen kann, wenn aus den ersten Anfängen ein "Fall" geworden ist, kostet den Staat ca. 50.000.- DM, wobei der Erfolg der Behandlung nicht einmal garantiert werden kann.

Will man der Suchtwelle allein mit den Möglichkeiten, die die öffentlichen Freiheitsentziehungsgesetze bieten, Herr werden, so wird eine wirksame Eindämmung niemals ganz erfolgen können. Gerade bei der ansteigenden Tendenz des Rauschdrogenkonsums wird diese Seite des Problems zu

1) Aufzählung der suchterregenden Mittel bei Vidic in Ponsold S. 138/39 ("Betäubungs- und Suchtmittelnachweis"); desgl. bei Ehrhardt a.a.O. S. 121/22 mit Tabellen und Statistiken; auch Langelüddeke S. 227. Insbesondere ist hervorzuheben, daß im Gegensatz zu den Rauschdrogen in den Fällen des Tablettenmißbrauchs nicht die Schwierigkeiten bestehen wie bei den nur auf dem Schwarzmarkt erhältlichen Drogen. Oft verschreibt der Arzt das Medikament wiederholt, weil es irgendwann einmal ärztlich indiziert war (vgl. auch Fraeb JW 34, 2755).

Schwierigkeiten führen. Der Kampf gegen diese drohende Gefahr wird so bis zur Errichtung geeigneter Heilanstalten, bis zur Entwicklung einer wirklich sinnvollen, individuellen Heilbehandlung Stückwerk bleiben müssen.

Der therapeutisch wie kostenmäßig günstigste Zeitpunkt liegt vor Einsetzen der öffentlichen Betreuungsmöglichkeiten.

C. Analogie

In Deutschland ergeben sich auf entmündigungsrechtlichem Gebiet die gleichen Schwierigkeiten in den Fällen, in denen infolge von Rauschmittel- oder Tablettenmißbrauch ein besonderes Schutzbedürfnis des Süchtigen und Dritter besteht, aber wegen fehlender gesetzlicher Normierung keine Erfolge erzielt werden können.

Um diese Lücke im Gesetz zu schließen, wird versucht, (z.T. unter Hinweis auf §§ 42 c, 330 a StGB¹⁾, die allerdings eine Erweiterung auf "berauschende Mittel" ausdrücklich vorsehen) andere berauschende Mittel wie Opium, Heroin, Haschisch, Kokain, LSD und suchterzeugende Medikamente allgemein durch analoge Anwendung des § 6 I Ziff. 3 BGB²⁾ - E wegen TS - mitzuerfassen.

Eine nahe Verwandtschaft dieser Suchtstoffe mit Trunksucht i.S. v. § 6 I Ziff. 3 BGB ist nicht zu bezweifeln³⁾, denn sowohl Alkohol - und auch andere Suchtkrankheiten haben einen körperlichen und/oder seelischen Zustand gemeinsam, der sich aus der Wechselwirkung zwischen einem bestimmten Stoff und dem Organismus entwickelt und der mit Zwang zu fortgesetzter Einnahme verbunden ist⁴⁾.

1) Dennecke BGB RGRK § 6, Anm. 5; Palandt-Danckelmann § 6, 4.

2) Lange § 22 VII S. 145; Dernburg Allg. Lehren § 64 III Weimar MDR 71/194, Eißer AcP 146, 258, Canaris S. 185; Naegele LZ 1925, 286.

3) vgl. hierzu JMVBI 1916, 251.

4) vgl. Ehrhardt bei Ponsold S. 118.

Die Meinung, nach der Rauschmittelsucht der Trunksucht gleichgestellt werden soll, hat für sich, einer praktischen Notwendigkeit gerecht werden zu können, nämlich Betreuungsschutz auch dann zu ermöglichen, wenn ihn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgesehen hat.

Die Gegenmeinung, die eine solche Analogie für unzulässig erachtet¹⁾, begründet ihre Ansicht mit den schillerndsten Argumenten. Nach Crome²⁾ soll sich die TS nur auf Getränke beschränken, die man sich durch Einführung einer Flüssigkeit in den Magen aneignet³⁾; v. Tuhr⁴⁾ lehnt eine Analogie deswegen ab, "weil diese Erscheinungen nicht in dem Maße gemeingefährlich und allgemein verbreitet sind wie die Trunksucht". Ironisch meint Hölder⁵⁾, daß die Analogie konsequenterweise auf jeden Sinnenreiz ausgedehnt werden müßte, so daß jemand zu entmündigen wäre, "der durch übermäßigen Genuß von Musik außerstande wäre, seine Angelegenheiten zu besorgen".

Diese Begründungen halten z. T. zu sehr am Wort fest (Crome), oder die Zeit hat ihre Berechtigung überholt (v. Tuhr).

Vielmehr ist vom Sinn und Zweck der Analogie auszugehen: sie soll bestehende Gesetzeslücken schließen. Dabei sind neben tatbestandlichen Voraussetzungen auch Rechtsfolgen zu berücksichtigen. Die Analogiebefürworter sehen nur die innere Verwandtschaft von Trunksucht und Rauschmittelmißbrauch, berücksichtigen hierbei aber nicht oder zu wenig, daß die E zur teilweisen Aufhebung der rechtlichen Selbstbestimmung führt und einen Eingriff in die Rechts-

1) Schlegelberger-Vogels § 6 Rdnr. 12; Oertmann § 6, 4a; für die Schweiz: Kaufmann Art. 370 Rdnr. 14.

2) § 42 S. 212 FuBn. 15; auch Planck § 6 S. 22.

3) Hölder § 6, 7 I A S. 87.

4) § 26 FuBn. 25.

5) a.a.O.

persönlichkeit des Betroffenen darstellt. - Auf diesen Gesichtspunkt kommt es hier aber entscheidend an.

Egger¹⁾ argumentiert - von Art. 45 des schweizerischen StGB ausgehend - , das Zivilrecht bedürfe einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung deshalb nicht, weil dort die Analogie offenstehe.

Dieses ist im ZivilR jedoch nur dann der Fall, wenn eine Analogie konkret möglich und zulässig ist. Analogie ist die ausdehnende Anwendung der aus dem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien auf die Fälle, die den gesetzlich normierten ähnlich sind²⁾, d.h. eine Ähnlichkeit muß in einer Übereinstimmung derjenigen Merkmale bestehen, die für die Stellungnahme des Gesetzgebers bestimmend waren³⁾. Zwar besteht - wie schon gesagt - nach medizinischen und sozialen Gesichtspunkten eine innere Verwandtschaft von TS und Rauschdrogensucht, für die ein rechtspolitisches Bedürfnis eines betreuungsmäßigen Schutzes besteht. Dies allein entscheidet aber noch nicht über die Zulässigkeit der Analogie. Eine Lücke im Gesetz liegt - neben den unbewußten Lücken - nur dann vor, wenn der Gesetzgeber keine abschließende Regelung vornehmen wollte oder von einer ausdrücklichen Regelung bewußt⁴⁾⁵⁾ Abstand genommen hat.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 6 BGB ist aber zu entnehmen, daß die Gefahren der Morphiumsucht und deren vormundschaftliche Betreuungsnotwendigkeit erkannt wurden⁶⁾. Die Diskussion blieb aber, "wenn wir jetzt noch nicht anerkennen, daß die Morphiumsucht soweit um sich gegriffen hat, daß eine solche Maßregel notwendig

1) Art. 370 Rdnr. 34.

2) Enneccerus-Nipperdey § 58 II 1.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 350.

4) Nach Larenz, Methodenlehre, S. 350, handelt es sich hier um eine Lücke durch "beredtes Schweigen".

5) vgl. Zitelmann, Lücken im Recht, S. 25. "Lückenhaft ist streng genommen nicht das Gesetz, sondern das Wissen vom Gesetz".

6) Mugdan, Protokolle, S. 977 (Abg. v. Bachem u. Frohme).

ist¹⁾, auf die Trunksucht beschränkt²⁾.

Der Gesetzgeber wußte also um die Gefahr der Rauschmittelsucht, er hat sie aber dennoch nicht als E-Grund aufgenommen. Die Regelung in § 6 BGB beschränkt sich allein auf die normierten Fälle. Die E-Gründe sind enumerativ aufgezählt. Der Gesetzgeber hat die Entmündigungsgründe abschließend geregelt, so daß keine analogiefähige Gesetzeslücke mehr besteht³⁾.

1) Frohme a.a.O.

2) Canaris (S. 47) spricht in diesem Zusammenhang von einer "nachträglichen" Lücke. Das setzt allerdings voraus, daß der Gesetzgeber davon ausging, ein lückenloses Gesetz geschaffen zu haben. Die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift aber beweist, daß der Gesetzgeber eine Regelungsnotwendigkeit einer E wegen RS zwar gesehen, diese aber zu dieser Zeit nicht als dringend abgesehen hat.

3) Canaris stellt auf das Gebot der Rechtssicherheit ab, das eine Analogie ausschließe (S. 47), macht aber davon bezüglich der E wegen RS eine Ausnahme (S. 188). Richtigerweise geht er davon aus, daß es sich bei dem Eingriff in die Persönlichkeit um eine Schutzmaßnahme zugunsten des Betroffenen handle. Wegen der Gefahren, die aus der RS erwachsen, könne man - nach Canaris' Ansicht - das Gebot der Rechtssicherheit aber nicht für so vordringlich erachten und müsse deshalb eine Analogie zulassen.

Gegen diese sehr humanistisch eingesetzelte Auffassung spricht der Grundgedanke der Rechtssicherheit selbst. Es kann von dem Prinzip der Rechtssicherheit keine Ausnahme gemacht werden, ohne nicht ipso iure einen Verstoß gegen die Rechtssicherheit selbst zu begehen. Läßt man auch nur eine Ausnahme zu, so geraten gerade die Grenzen, die durch die Rechtssicherheit festgefügt werden sollen, wieder ins Wanken.

Ein weiteres Argument, das gegen eine Anwendbarkeit des § 6 BGB auch auf Fälle der Rauschdrogensucht spricht, ergibt sich aus dem Normtypus des § 6 BGB. Diese Vorschrift steht zwar im Privatrecht, hat aber öffentlich-rechtlichen Charakter insofern, als sie eine Ermächtigungsnorm für einen Eingriff in die Rechtspersönlichkeit des Betroffenen im Rahmen der staatlichen Fürsorgetätigkeit darstellt.

Die Ermächtigung deckt jedoch nur die Eingriffe, die das Gesetz selbst vorsieht, Eingriffe über das Gesetz hinaus sind rechtswidrig.

Eine analoge Anwendung der T auf die Fälle der Rauschmittel- und Tablettsucht ist unmöglich¹⁾. Dringend notwendig wäre es aber, gerade auch diese Fälle rechtzeitig erfassen zu können. So hat Siebert²⁾ in Hedemanns Entwurf zu einem Volksgesetzbuch eine gesetzliche Normierung der Rauschmittelsucht ausdrücklich vorgesehen. Auch von medizinischer³⁾ und juristischer⁴⁾ Seite aus wurde wiederholt eine entsprechende gesetzliche Regelung gefordert.

In Anbetracht der ansteigenden Rauschdrogensucht wird daher die Frage zu stellen sein, ob Rauschmittelsucht nicht de lege ferenda als E-Grund normiert werden sollte.⁵⁾

1) So auch Larenz, Lehrbuch, § 6 I c S. 78 mit N. 3. Sowie hier auch LG Münster NJW 1968, 1185 Schultze - v. Lasaulx in Soergel - Siebert § 6 Rdnr. 24.

2) § 46.

3) Langelüddecke S. 228, Erhardt in Ponsold S. 131.

4) Fraeb JW 1934, 2755, Arnold FamRZ 1971, 290 f.

5) Im Rahmen des Gesetzes über die Neuregelung des Volljährigkeitsalters vom 31. Juli 1974 (BGBl. I 1713) hat der Gesetzgeber "Rausch g i f t sucht" als neuen E-Grund in § 6 I Ziff. 3 BGB eingefügt. An dem in diesem Abschnitt Gesagten ändert sich hierdurch jedoch nichts, da sich die geschilderte Problematik bei allen anderen Erscheinungsformen von Suchterkrankung zeigt.

IV. Verhältnis von E zu vorläufiger Vormundschaft und Pflegschaft

A Verhältnis von E zu vorläufiger Vormundschaft

1. Die vorläufige Vormundschaft soll nur zum Schutz des Betreffenden selbst angeordnet werden¹⁾, nicht aber zum Schutze Dritter, was aus dem Wortlaut des § 1906 BGB "... der Person oder des Vermögens des Volljährigen" folgen soll. Diese Auffassung ist zu eng.

Dies mag folgendes Beispiel verdeutlichen: Ein recht gut verdienender Mann ist Alkoholiker; er bringt zwar gerade noch soviel Geld mit nach Hause, um seine Familie notdürftig ernähren zu können, allerdings fehlt es an Geld für Kleidung und andere lebensnotwendige Dinge der Kinder. Hier liegen die nach § 6 I Ziff. 3 BGB geforderten Voraussetzungen vor; durch v.V. kann nach der einen Meinung nicht so ohne weiteres ein vorläufiger Schutz gewährt werden, weil eine Gefährdung der Person des Betroffenen nicht evident, eine Gefährdung seines Vermögens wegen sonst fehlender Masse irrelevant ist. Diese enge Auslegung kommt zu dem Ergebnis, daß die Familie in ihrem wenig menschenwürdigen Zustand warten muß, bis ein die E aussprechender Beschluß ergeht oder sich der Betroffene freiwillig in eine Heilanstalt begibt.

Man kann sicherlich durch weite Auslegung die vorläufige Vormundschaft immer als ausschließlichen Schutz des Betreffenden selbst interpretieren und somit den Erfordernissen des § 1906 BGB Genüge tun. Wenn sich aber die vorläufige Vormundschaft auf die E bezieht ("Ist die E beantragt..."), liegt insbesondere in den Fällen des § 6 I Ziff. 2 und 3 BGB stets auch ein Drittschutzbedürfnis vor²⁾.

1) Gernhuber § 68 I 4; vgl. auch Diamand S. 46.

2) vgl. oben S. 19.

Die Norm des § 1906 BGB muß sich in ihren Voraussetzungen nach der des § 6 BGB richten. Ein eigenständiger Charakter würde die zwischen vorläufiger und endgültiger Maßnahme bestehende natürliche Verbindung zerreißen.

2. Vorläufige Vormundschaft als Ersatzform der E

Die vorläufige Vormundschaft (v.V.) als Ersatzform der E ist eine Rechtsfortbildung. So beachtenswert eine Rechtsfortbildung auf diesem Gebiete und so billigenswert auch das Ergebnis sein mag, so angreifbar ist doch die juristische Konstruktion, die ihr zugrunde liegt.

Eine vorläufige Anordnung der v.V. hängt davon ab, daß das Vorliegen einer Gefährdung festgestellt¹⁾ wird.

Je nach dem, ob das E-Verfahren schon eingeleitet ist oder nicht, hat entweder das Entmündigungsgericht (§ 653 ZPO) oder das Vormundschaftsgericht (§ 12 FGG) diese Feststellung zu treffen²⁾. Beide Verfahren bieten für sich gesehen eine Garantie dafür, daß die gefährvolle Maßnahme der v.V. nur in den wirklich betreuungsnotwendigen Fällen zur Anwendung kommt. Wird der durch die v.V. erzielte Effekt durch das E-Gericht bewußt gedehnt - die Vorläufigkeit somit zu einer Dauereinrichtung ausgeweitet - , stellt sich die Frage nach den zeitlichen Grenzen der Vorläufigkeit. Das ist unabhängig von der Möglichkeit des späteren Wegfalls der Voraussetzungen.

Von der reinen Wortbedeutung ausgehend, bedeutet Vorläufigkeit etwas Vorübergehendes, etwas zeitlich vor einem Endzustand Liegendes. Dieser zeitliche Endzustand ist in dem das EV abschließenden (ablehnenden oder die

1) Palandt-Lauterbach § 1906 2 b.

2) vgl. Jansen § 52 Rdnr. 2 einschränkend;
Keidel § 12 Anm. 35; KGJ 21 A 212, JFG 5, 116;
anders bei Pflegschaft vgl. KG-J 30 A 28.
Staudinger-Engler § 1906 Rdnr. 6 m.w.N.

E aussprechenden) Beschluß zu sehen. Dieses wiederum macht erforderlich, daß eine Beendigung des durch E-Antrag und die Bestellung der vorläufigen Vormundschaft in Gang gesetzten Verfahrens überhaupt in Aussicht gestellt ist, oder, anders ausgedrückt, daß dem Betroffenen der "Prozeß" gemacht wird, in dem er gehört und über den "Prozeßstoff" entschieden wird.

Sowird z.B. im Recht der einstweiligen Verfügung nach deren Anordnung in dringenden Fällen vom Gericht auf Antrag eine Frist bestimmt, in der der Gläubiger die Ladung des Gegners zu der mündlichen Verhandlung zu beantragen hat. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erfolgt die Aufhebung der einstweiligen Anordnung auf Antrag des Schuldners (§ 942 III ZPO), hin. Dann stehen gegebenenfalls Schadensersatzansprüche zu (§ 945 ZPO). An dieser Regelung zeigt sich, wie eine eindeutige gesetzliche Regelung die Eventualität eines auf Jahre hinaus möglichen prozessualen Schwebezustandes ausschließt: Einer Verfahrenseinleitung aufgrund einstweiliger Verfügung folgt notwendig entweder eine Verhandlung, in der unter Wahrung aller Verfahrensgarantien über den streitigen Anspruch entschieden wird oder die Aufhebung der einstweiligen Maßnahme (§ 926 ZPO).

Im Gegensatz zur einstweiligen Verfügung der ZPO steht die einstweilige Verfügung des Vormundschaftsrechts.

Wird ein Entmündigungsverfahren deshalb nicht durchgeführt, weil man auf die Gesundheit des Betroffenen Rücksicht nehmen will, begnügt man sich statt dessen mit dem durch die v.V. geschaffenen einstweiligen Zustand, so folgt daraus, daß ein vorläufiger Eingriff endgültig wird, ohne jemals den Verfahrensgarantien unterworfen gewesen zu sein, die allein das endgültige Verfahren gewährt.

Der Einleitung des Verfahrens steht hier nicht seine logische und notwendige Beendigung durch Entmündigungsbeschluß, durch Rücknahme oder rechtskräftige Abweisung

des Entmündigungsantrages gegenüber. Seinem Wesen entsprechend wird ein "Process" (lat. = procedere) zu Ende geführt.

Diese Art der Verfahrensdehnung verstößt gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Dieser Grundsatz erhält unmittelbar Geltung, auch wenn er nicht ausdrücklich gesetzlich normiert ist¹⁾.

Art 103 GG besagt zwar nur, daß jedermann vor Gericht Anspruch auf rechtliches Gehör hat; ein solcher Anspruch kann aber nur wiederum dann entstehen, wenn ein gerichtliches Verfahren überhaupt in Gang gesetzt wurde. "Vor Gericht" bedeutet nicht, daß ein Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt sein muß - "vor Gericht" heißt auch nicht räumlich "vor" Gericht, vielmehr bedeutet es, daß bestimmte formelle Voraussetzungen gegeben sein müssen, die für den Betroffenen ein Recht auf Stellungnahme, Gegendarstellung und auf Entscheidung begründen (z. B. Klageerhebung, Gesuche, Anträge allgemein u.ä.). Diese formellen Voraussetzungen leiten ein Verfahren ein, sie stellen einen prozessualen Schwebezustand her, durch den die "Streitsache" der Entscheidungsverpflichtung des Gerichts unterworfen wird. Wird ein Gericht in die Lage versetzt, entscheiden zu können (Prozeß- oder Sachentscheidung), ist die Sache "vor Gericht" i. S. von Art. 103 I GG. Ist eine Entscheidungsverpflichtung des Gerichts begründet und somit eine (gerichtliche) Verfahrensbeendigung in Aussicht gestellt, so entsteht immer gleichzeitig der Anspruch, während jedes Verfahrens vor Gericht gehört zu werden. Dieser Anspruch, vor dem E-Gericht gehört zu werden, ist zwar auch bei der v.V. entstanden. Durch eine Be-lassung eines durch die v.V. hervorgerufenen endgültig vorläufigen Zustands, der Tatsache, daß der E-Fall nicht

1) Maunz-Dürig-Herzog Art. 103 GG Rdnr. 23.

entmündigungsgerichtlich überprüft wird, wird dem Betroffenen die Möglichkeit genommen, eben gerade vor dem E-Gericht gehört zu werden, obwohl er einen dahingehenden Anspruch hat. Zwar mag ihm r.G. vor dem Vormundschaftsgericht bei Anordnung der vorläufigen Maßnahme gewährt worden sein, aber es besteht doch ein qualitativer Unterschied zwischen r.G. in einem nur summarischen Verfahren und einem in alle Einzelheiten ausgestalteten E-Verfahren.

Führte der Betroffene sachlich-rechtliche Gründe gegen die Anordnung der vorläufigen Maßnahme ins Feld, ist aber dem Vormundschaftsrichter eine eigene Überprüfungs-kompetenz in der Sache selbst genommen¹⁾, beschränkt sich also der "Prozeßstoff" auf das vorliegende, i.d.R. wenig detaillierte Material, so kann sich der Umfang des r.G. nur auf den "Prozeßstoff" beziehen, der Gegenstand der Verhandlung ist. Das r.G. im Verfahren vor dem Vormundschaftsrichter erstreckt sich also nicht auf die Sache selbst. Anders dagegen im EV: dort hat der Interdizent Recht auf Stellungnahme und Gehör auch in der Sache selbst. Dieses wird ihm aber erst durch die Verfahrensgarantien gewährleistet, die das EV, nicht aber auch das vormundschaftliche Verfahren gesetzlich garantiert.

Solange aber die v.V. auf unbestimmte Dauer ausgeweitet wird, besteht somit nicht allein der Anspruch des Interdizenten auf r.G. in EV vor dem E-Gericht, sondern darüber hinaus noch ein aus Art. 103 I GG folgendes Recht auf Verfahrensbeendigung und somit gleichzeitig incidenter auf Rechtsklarheit und Rechtsschutz.

1) vgl. Fußn.2 auf S. 118.

B. Verhältnis von E zur Gebrechlichkeits-Pflegschaft

1. Das Gesetz differenziert zwischen Entmündigung und Gebrechlichkeits-Pflegschaft (GPflegschaft) in Voraussetzungen und Rechtsfolgen.

So kommt § 1910 BGB bei einem "bestimmbaren Teil der Angelegenheiten" zur Anwendung, während die E alle Angelegenheiten von rechtlicher oder tatsächlicher Relevanz¹⁾ umfaßt: beide Vorschriften sprechen ihrem Wortlaut nach davon, daß der Betroffene seine Angelegenheiten nicht zu erledigen "vermag". Wie sich aus der Anlage der gesamten Vorschrift des § 1910 ergibt, wird das Unvermögen durch körperliche (Abs. 1) oder auch geistige Gebrechen (Abs. 2) bedingt, mit anderen Worten: das Gebrechen macht es dem Gebrechlichen subjektiv unmöglich, die in § 1910 umschriebenen Handlungen vorzunehmen. Es handelt sich hier um kein rechtliches Unvermögen bzw. Unfähigkeit - diese behandelt § 6. Geht man von der Rechtsfolge des § 1910 aus, die die Geschäftsfähigkeit des Gebrechlichen nicht tangiert, so scheiden hier solche Vorschriften aus, die eine rechtliche Unfähigkeit zur Vornahme von Handlungen (= Nicht-Geschäftsfähigkeit) voraussetzen - eben die Vorschriften über die E.

Geht § 1910 nicht von rechtlicher Unfähigkeit aus, so kann es sich allenfalls um ein faktisches Unvermögen zur Vornahme von Handlungen tatsächlicher oder rechtlicher Art handeln, d.h. der Gebrechliche ist infolge seines Ausnahmestandes selbst nicht mehr in der Lage, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder deren Tragweite tatsächlich oder rechtlich zu überschauen.

1) vgl. Soergel-Schultze-v. Lasaulx
§ 6 Rdnr. 11, Staudinger-Coing § 6 Rdnr. 16.

Tatbestandlich geht § 1910 BGB weiter als § 6: § 1910 BGB erfaßt auch solche Gebrechen, die noch nicht unter § 6 I Ziff. 1 BGB fallen, z.B. Neurosen (körperl. Gebrechen). Dagegen ist eine GPflegschaft für Trunksüchtige und Verschwender nicht möglich, da es sich dabei nicht um Gebrechen i.e.S. handelt: statt einer Pflegschaft muß hier, um überhaupt Schutz gewähren zu können, E angeordnet werden. Die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck steht hierbei allerdings in Frage.

Eine wenn auch nur lose Verbindung zwischen den sonst eigenständigen Tatbeständen von E und GPflegschaft ist in den "geistigen Gebrechen" i. S. v. § 1910 zu sehen, worunter auch GK und GSchw verstanden werden¹⁾. Eine solche von der Rechtsprechung hergestellte Verbindung ermöglichte es aber, auch Pflegschaft trotz Vorliegen der Entmündigungsvoraussetzung GK anzuordnen, wenn sich das Betreuungsbedürfnis auf bestimmte oder auf einen bestimmbareren Kreis von Angelegenheiten beschränken ließ. Diese Rechtsprechung kam zwar so zu einer konstruktiven Verbindung von E und GPflegschaft, die aber vom Gesetz seinem Wortlaut nach nicht zugelassen wird.

2. Zwangspflegschaft

Eine Anordnung der Pflegschaft darf nur mit Einwilligung des Gebrechlichen erfolgen, es sei denn, eine Verständigung mit ihm ist nicht möglich (§ 1910 III BGB). Das Begriffspaar "Verständigung - Einwilligung" ist im Recht der Gebrechlichkeitspflegschaft von entscheidender Bedeutung, insbesondere im Hinblick auf die Gebrechlichkeitspflegschaft als Ersatzform der Entmündigung bei Geisteskranken.

1) BGHZ 41, 106; so auch RGZ 52, 240 (240); 65, 199 (202) OLG Karlsruhe FamRZ 1957, 423.

Inwieweit eine Einwilligung in die Pflegschaft noch zu berücksichtigen ist oder sie ignoriert wird, somit eine ZPfl. angeordnet werden kann, wird von der Verständigungsmöglichkeit abhängig gemacht.

Das Kammergericht¹⁾ nahm - entgegen seiner ursprünglichen Auffassung²⁾, nach der mit der Geschäftsunfähigkeit eines Gebrechlichen auch gleichzeitig eine Verständigungsmöglichkeit mit ihm ausgeschlossen sei - ein Einwilligungserfordernis des Gebrechlichen doch noch insoweit an, als der Gebrechliche noch fähig war, seinen Willen nach außen hin verständlich zu machen. Dies sollte insbesondere dann der Fall sein, wenn durch die Hinzuziehung von Verwandten oder Sachverständigen eine Verständigung mit dem Gebrechlichen möglich war³⁾.

Dieser Rechtsauffassung trat das Reichsgericht entgegen⁴⁾: mit der GK und der durch sie bedingten Geschäftsunfähigkeit sei ipso iure jede Verständigungsmöglichkeit ausgeschlossen. Eine faktisch mögliche Verständigung reichte hiernach nicht mehr aus.

Weiter noch ging das Bayrische Oberste Landesgericht⁵⁾, das die Verständigungsmöglichkeit auf die Pflegschaft als solche bezog. Hierbei soll eine die Einwilligung ausschließende, unvernünftige Handlung darin liegen, daß der Gebrechliche die Einwilligung in die zu seinem Wohl zu bestellende Pflegschaft versage. Die Verständigung wurde im Zuge der ständigen Rechtsprechung zu einer "Verständigung über die Notwendigkeit der Pflegschaft"⁶⁾ umfunktioniert. Diese Entwicklung läßt sich aus einer

1) ZBL FG 5, 414; KGJ 30 A 28 ff.

2) ZBL FG 1, 549 (559); DJZ 1900, 142.

3) OLG Colmar OLG Rspr. 23, 365 (366).

4) RGZ 52, 240 f.; 65, 199; BGHZ 15, 262 (268); BGH FamRZ 1961, 167; BGHZ 48, 147.

5) Recht 1905, 314; noch weiter BayObLG Recht 1906, 1320, so auch KGJ 30 A 28.

6) vgl. Diamand S. 80, so OLG Karlsruhe FamRZ 1957, 423; beachte auch BGHZ 15, 262 (267).

unterschiedlichen Bestimmung der Rechtsnatur der Einwilligung erklären. Während das Kammergericht¹⁾ die Einwilligung noch als rein tatsächliche, nicht als rechtliche Erklärung i. S. von §§ 182 BGB verstand, wurde sie von der überwiegenden Rechtsprechung²⁾ als rechtsgeschäftliche Erklärung verstanden, die den Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit und somit auch den Vorschriften der §§ 104 Ziff. 2, 105 BGB unterliegt. Nur diese Wende machte es möglich, die Verstäädigung wegen fehlender rechtsgeschäftlicher Willensfähigkeit für unerheblich zu halten.

Durch diese eigenwillige Interpretation von "Einwilligung" und "Verständigung" wurde es möglich, einem Geisteskranken i. S. von § 104 Ziff. 2 BGB auch zwangsweise einen Pfleger zuzuweisen. Diese Art der Rechtsentwicklung ersetzt den Willen des Betroffenen durch eine staatlich gewollte Fürsorge: eine solche Fürsorge wird zu einer aufgedrängten, die ein Recht des Betroffenen, eine solche Maßnahme abzulehnen, völlig ignoriert. Man kann sich dabei eines unguten Gefühls nicht erwehren: Zeigt sich bei einer Person ein gewisses Fürsorgebedürfnis bedingt durch psychische Erkrankung, lehnt diese aber eine Pflegschaft aus durchaus billigenwerten Gründen ab, läuft dennoch ein Verfahren ab, das mit Anordnung der Zwangspflegschaft endet. Wenn nämlich die Gründe, die der Betroffene vorbringt, vom Empfängerhorizont aus unvernünftig erscheinen, ist eine Verständigung unmöglich, eine Einwilligung somit unerheblich³⁾.

1) KGJ 30 A 28 = ZBLFG 6, 262 ff.

2) BGHZ 35, 1 ff.; RGZ 145, 284; KGfamRZ 60, 505; MDR 65, 765; OLG Ffm Fam RZ 67, 172. desgl. auch Enneccerus-Kipp-Wolff § 128 III S. 554; a.A. Staudinger-Engler § 1910 Dölle § 141 II 4; Palandt-Diedrichsen § 1910, 1 d nehmen die Einwilligung als Zustimmung zu einer behördlichen Maßnahme, die den Erfordernissen der §§ 182 ff. BGB nicht unterliegt.

3) Beachte hierzu In der Beeck/Wuttke NJW 63, 1167; Dunz JZ 1960, 477.

Eine Pflegschaftsanordnung erfolgt durch das Vormundschaftsgericht, das auch das Vorliegen der Zwangspflegschaftsanordnungsvoraussetzungen bejahen muß. Hier aber geht das Vormundschaftsgericht über die ihm gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen hinaus: Zwar spricht § 38 FGG ausdrücklich von Pflegschaft, gilt aber auch für die Zwangspflegschaft¹⁾. Allerdings muß das Vormundschaftsgericht, um überhaupt eine ZPflechtsch anordnen zu können, die GUF feststellen, die vorliegen muß, um einen rechtlichen Willen als irrelevant behandeln zu können. Die Feststellung des Nichtvorliegens der GFK von Volljährigen, die zur Anordnung einer Betreuungsmaßnahme berechtigt, und die den Pflegling auf Dauer einem Mündel gleichstellt (vgl. § 1915 BGB), liegt hingegen einzig und allein in der Kompetenz des E-Gerichtes. Allein das E-Gericht ist kompetent für die Erklärung von Geschäftsfähigen zu Nicht-Geschäftsfähigen. Entscheidet aber das Vormundschaftsgericht, so könnte es allenfalls feststellen, daß zum Zeitpunkt der Anordnung GUFK vorlag. Dann darf aber keine Maßnahme angeordnet werden, die die Wirkung hat, daß der rechtsgeschäftliche Wille des Betroffenen auf Dauer ignoriert wird. Auf diese Weise kommt das Vormundschaftsgericht zu einem § 104 Ziff. 3 BGB ähnlichen Eingriff, ohne die hierzu erforderliche verfahrensrechtliche Absicherung beachtet zu haben. Darüber hinaus werden die Garantien, die das EVR bei Entzug der GFK gibt, bei Anordnung der Zwangspflegschaft trotz vergleichbarer Rechtslage nicht im gleichen Maße gewährleistet. Zwar wird in der Praxis häufig ein ärztliches Zeugnis (entspr. 649 ZPO) verlangt, in dem das Vorliegen einer geistigen Erkrankung bescheinigt wird - auf die Fragwürdigkeit eines solchen Zeugnisses wurde bereits hingewiesen²⁾ -, ein Sachverständigen-Gutachten (entspr. § 654) oder gar eine Unterbringung zum Zwecke

1) vgl. Keidel-Winkler § 38 Rdnr. 1.

2) s. o. S. 57 f.

der Feststellung einer geistigen Erkrankung (entspr. § 655 ZPO) wird überhaupt nicht gefordert.

Das Gesagte gilt auch für die Fälle der Querulanz, des Eifersuchtswahns¹⁾ u. ä. - die als Fälle einer partiellen Geschäftsunfähigkeit zur Zwangspflegschaft berechtigenden. Sie unterscheiden sich von den üblichen Fällen der Zwangspflegschaft insofern, als ein Fürsorgebedürfnis nur für die Dauer eines "Schubes" eintritt: dann liegen auf dem bestimmten Gebiet, auf dem sich die Krankheit zeigt, für die Dauer ihrer Äußerung alle Voraussetzungen der E vor, danach tritt wieder völlige Geschäftsfähigkeit ein.

Auch hier erfolgt ein Eingriff in die Rechtspersönlichkeit, der - wenn auch nur für die Dauer eines Schubes - seiner Wirkung nach nur durch E und ein entsprechend gesichertes Verfahren erfolgen dürfte.

Die Aufhebung der Pflegschaft kann vom Pflegling selbst beantragt werden; er selbst kann über die Anordnung bzw. ihre Aufhebung entscheiden. Die Rechtsprechung aber, die den Willen des Geisteskranken bei der für die Bestellung einer Pflegschaft erforderlichen Einwilligung für unerheblich erachtet, ist hinsichtlich der Aufhebung konsequent: Auch die Aufhebungserklärung ist rechtsgeschäftliche Erklärung²⁾, der Aufhebungswille des geisteskrank Gebrechlichen somit ohne Bedeutung³⁾. Das EVR gibt dagegen auch dem wegen Geisteskrankheit Entmündigten ein eigenes Recht, die Aufhebung der Entmündigung zu beantragen (§§ 664, 674 ZPO). Er wird auf dem seine Geschäftsfähigkeit betreffenden Gebiet als prozeßfähig angesehen, während der Aufhebungswille des geisteskrank Gebrechlichen prozessual dagegen keinerlei rechtliche Wirkung zeitigt.

1) OLG Frankfurt MDR 63, 219.

2) RGZ 52, 240; 65, 199, BGHZ 15, 262 (267); OLG Hamm FamRZ 1962, 176.

3) BGHZ a.a.O.; RGZ 65, 199 (203) RG RJA 8, 1 (3); KG JFG 18, 298 (300).

Es ist bedenklich, daß die Rechte des geschäftsunfähigen Gebrechlichen bei Anordnung einer Zwangspflegschaft verfahrensrechtlich nicht im gleichen Maße garantiert sind wie im EVR, obwohl die Wirkung der Zwangspflegschaft der einer E wegen Geisteskrankheit weitgehend entspricht.

C. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs und geltende Betreuungsmöglichkeiten

Das geltende Recht geht von verschiedenen, gesetzlich getrennt behandelten Fürsorgemaßnahmen aus, die wiederum unterschiedlichen tatbestandlichen Voraussetzungen unterliegen. Zwischen den gesetzlichen Betreuungsmöglichkeiten stehen die von der Rechtspraxis entwickelten Entmündigungsurrogate. Eine Herausbildung derartiger Ersatzformen ist "tätige Kritik" an den formellen und materiellen Gesetzesvoraussetzungen, die den Erfordernissen des täglichen Lebens nicht mehr gewachsen sind, zumal sie keine bzw. nur unzureichende, dem konkreten Einzelfall nur bedingt entsprechende, verhältnismäßige Schutzmaßnahmen ermöglichen.

Muß bei TS und V zwingend E erfolgen, weil weder GPFlegschaft noch ZGPFlegschaft als geringere Maßnahmen angeordnet werden können, so kann aber in Fällen partieller GUFK¹⁾, bei denen eigentlich eine Teil-E²⁾ erfolgen müßte, eine

-
- 1) die angenommen wird bei Querulanz: RG WarnRspr 1910 Nr. 309; 1933 Nr. 91; 1943, Nr. 1, RG Recht 33, 342; RGHR 34, 42; OLG Frankfurt MDR 1963, 219. Zu den Pathologischen Voraussetzungen Siegf. S. 21 f.; krankhafter Eifersucht: RG JW 192, 872; RG Z 162, 228 Köln OGHZ 2, 45; 4, 66; in mit dem Eheprozeß zusammenhängenden Angelegenheiten BGHZ 13, 184.
 - 2) so Eißer AcP 146, 293; Gebauer AcP 153, 331-334; Lange-Lüddecke S. 218. Verschiedentlich wurden E bei Querulanz ausgesprochen (RG Recht 1919 Nr. 1920; 1910 Nr. 2771; WarnRspr 1910 Nr. 310; RG Recht 07 Nr. 988 und 3752), dann aber äußert sich die geistige Erkrankung nicht mehr sektoral, sondern hat schon den "Kern der Persönlichkeit" (OGH Köln MDR 1950, 668) erfaßt. Gegen E wegen Querulanz Frese ZBlFG 11, 74.

Anordnung der Pflegschaft oder ein weniger in die Rechtspersönlichkeit eingreifender und somit verhältnismäßigerer Schutzeingriff verfügt werden. Hierbei zeigen sich zwei fundamentale Probleme, denen das zivilrechtliche Betreuungsrecht gegenübersteht: zum einen besteht keine gemeinsame Ausgangsbasis für alle Betreuungsfälle in Form eines einzigen Tatbestandes, zum anderen ist die Variationsbreite auf der Rechtsfolgenseite mit den Möglichkeiten der Beschränkung der GFK oder ihrer Belassung äußerst klein.

Selbst wenn man hierbei von vier Betreuungsmöglichkeiten - den zwei gesetzlichen und den zwei von der Rechtsprechung entwickelten - ausgeht, so zeigt das schon anfangs angeführte Beispiel, daß man selbst dann Einzelfallbedürfnissen vielfach nicht gerecht werden kann. Gerade bei der Erfassung von Fällen totaler und partieller Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu erledigen bei der Erfassung der so unterschiedlichen medizinisch-psychiatrischen Sachverhalte¹⁾, die diesen Fällen zugrunde liegen, ist es geradezu unmöglich, mit starren gesetzlichen Normen oder rechtswissenschaftlichen Erkenntnissen weiterzukommen. Hier wäre Einzelfallgestaltung par excellence Gestaltung der Rechtsfolge nach dem Ergebnis der Sachverhaltsaufklärung am Platze.

Die Effektivität des Betreuungsrechts neuer Art hängt entscheidend von der Gestaltung der Rechtsfolge ab. Dem Bedürfnis des konkreten Einzelfalls kann nur die verhältnismäßige und notwendige Maßnahme entsprechen. Diese, da das geltende Recht sie nahezu ausschließt, ist eine Aufgabe des künftigen Betreuungsrechts.

1) eingehend Langelüddecke a.a.O., Gebauer a.a.O.

V. Rechtsverkehr und Drittschutz

Während die Schutzmaßnahmen zugunsten des im Gesetz vorgesehenen Personenkreises wirken¹⁾, wird eine bestimmte Vielzahl von Personen, die mit dem Entmündigten in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten, von den Folgen der E betroffen²⁾: Ihr guter Glaube, ihr Vertrauen auf die Geschäftsfähigkeit des Kontrahenten bleiben unberücksichtigt. Während der Schutz der Kinder und Minderjährigen bzw. der voll oder beschränkt Entmündigten je nach Entmündigungsgrund umfassend wirkt, ist der Rechtsverkehr schutzlos. Die gesetzliche Regelung berücksichtigt die durch die E entstandene Interessenlage nur einseitig; der Schutz, der dem einen Personenkreis zugute kommt, wird gleichzeitig zuungunsten des anderen Personenkreises, des Rechtsverkehrs, umgelastet. Das Gesetz zeigt sich rechtsverkehrsfeindlich. Veräußert z.B. ein unerkannt Geisteskranker ein wertvolles Bild und vergeudet den Erlös, dann muß der Erwerber das Bild herausgeben; sein Gegenanspruch auf Herausgabe des Kaufpreises ist von der noch vorhandenen Bereicherung (§ 818 III BGB) abhängig. Sein Vertrauen auf die Geschäftsfähigkeit seines Vertragspartners büßt er mit der Herausgabe des voll bezahlten Bildes und gegebenenfalls mit dem Verlust des gezahlten Gegenwertes. Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, wenn es sich statt des unerkannt Geisteskranken um einen geisteskrank Entmündigten oder um einen beschränkt Entmündigten handelt, bei denen die Genehmigung nicht vorlag und/oder verweigert wurde. Gleiches gilt auch auf anderen Gebieten: Wird ein Gesellschafter einer aus drei Gesellschaftern bestehenden OHG wegen GK entmündigt, schließt

1) s. o. S. 15.

2) s. o. S. 17.

er aber weiter Geschäfte für diese ab, so können zwar die Mitgesellschafter in Anspruch genommen werden (Rechtsscheinshaftung), nicht aber der Entmündigte selbst: Er steht einem Kinde unter 7 Jahren gleich und wird rechtlich als ein solches behandelt. Ein Grundprinzip des gesamten Personalgesellschaftsrechtes, die Gläubigerschutzfunktion des § 128 HGB wird außer Kraft gesetzt¹⁾.

Während bei einer vom Entmündigten in Auftrag gegebenen Spezialanfertigung einer Sache der Entmündigte bzw. sein Vormund unter Hinweis auf das Gesetz eine vertragliche Bindung verneinen können, "sitzt" der gutgläubige Vertragspartner auf der bestellten Sache und trägt allein die Kosten der Beschaffung des Materials und der Herstellung.

In der Literatur entzündete sich die Diskussion über Schutzlosigkeit Dritter gerade an der Sonderstellung des unerkant Geisteskranken im Rechtsverkehr²⁾.

Durch solche "Gegenwärtige absolute Schutzlosigkeit"³⁾ des Rechtsverkehrs" veranlaßt, wurde nach einem Korrektiv gesucht, das unbillige Härten ausschließen sollte. So will Gerstberger⁴⁾ einen § 122 BGB nachgebildeten Schadensersatzanspruch einführen, der allerdings nur begrenzte Wirkung hätte, Leonhard⁵⁾ schlägt eine Ersatzpflicht des Geisteskranken aus Billigkeitsgründen entsprechend § 829 BGB vor, Danz⁶⁾ will die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts davon abhängig machen, inwieweit ein gesunder und verständiger Mann anstelle des Geisteskranken

1) beachte auch Nitschke JuS 1968, 537, neuerdings auch Weimar MDR 73, 823.

2) Brunswig S. 131; Bernhöft 25 DJT S. 210 (213); Danz JW 1913, 1016; Leonhard Bank Arch 5, 153.

3) Bernstein a.a.O. S. 1018.

4) Gerstberger Gruchots Beitr. 71,1 (24); gegen analoge Anwendung von § 122 BGB Rumelin S. 62; Leonhard aa.O.

5) a.a.O. S. 154.

6) a.a.O.

ebenso gehandelt hätte; Dölle¹⁾ bejaht die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes dann, wenn das Ergebnis sonst vernunftswidrig erscheinen würde - und konstruiert auf diese Weise einen Schutz des Rechtsverkehrs. Rümelin²⁾ geht von der Regelung des code civil aus, wonach das Rechtsgeschäft eines Unzurechnungsfähigen nicht kraft Gesetzes ungültig sein soll, sondern erst durch Anfechtung des Kranken unwirksam wird.

Nur die wenigsten unter den erwähnten Kritikern³⁾ scheinen erkannt zu haben, daß sich die gleiche Problematik auch bei dem Erkenntnis-Geisteskranken-Entmündigten ergibt. So hat Bernstein⁴⁾ hingegen nachgewiesen, daß die E allein zum Schutz des Rechtsverkehrs nicht ausreicht, wenn der Vormund das Mündel nicht hindert, im Rechtsverkehr aufzutreten. Die Tatsache aber, daß der Entmündigte wie jeder andere im Rechtsverkehr auftreten kann und auch auftritt, birgt die gleiche Gefahr in sich, die sich auch in dem Auftreten des unerkannt Geisteskranken äußert: die Verunsicherung des Rechtsverkehrs. - Es scheint aber so, als reiche die Maßnahme der Entmündigung als solche zum Schutz des Rechtsverkehrs aus. Vormundbestellung und Veröffentlichung der E in den Fällen der E wegen T und V gemäß § 687 ZPO spiegeln den Anschein eines wirksamen Schutzes vor, denn der Entmündigte ist nicht mehr schlechthin der "unerkannt" Nicht-Geschäftsfähige, sondern die konkret bestimmbare Person, der kraft Staatsakts die Befähigung, für sich selbst zu handeln, ganz oder teilweise genommen wurde. Es wird durch die Maßnahme der E der Eindruck erweckt, als sei alles Erforderliche zum Schutze Dritter getan worden.

1) Nipperdey-Festschrift S. 34/35.

2) S. 50.

3) insbes. Gerstberger GruchBeitr. 71, 1 ff.

Fuchs JW 1914, 1011; Bernstein JW 1914, 1014.

4) a.a.O., S. 1016.

Während man bei unerkannt Geisteskranken keinen konkret festzustellenden Zeitpunkt hat, seit dem Nicht-Geschäftsfähigkeit vorliegt, ist das bei der E anders. Hier hat man durch die Zustellung des Entmündigungsbeschlusses und der damit verbundenen konstitutiven Entmündigungswirkung einen rechtlich konkret feststellbaren Zeitpunkt, von dem an die materiell-rechtliche Folge, auch für Dritte, wirksam eintritt. Es verwundert, daß der Gesetzgeber mit diesem Zeitpunkt keine auch nach außen hin drittwirkende Rechtsfolge verbunden hat. Die Kenntnis von der Zustellung, vom materiellen und formellen Wirksamwerden der E bleibt in der Regel auf den Personenkreis beschränkt, der mit dem Entmündigten unmittelbar in persönlichem Kontakt steht. Nur in den Fällen der T und V wird kraft Gesetzes der kenntnisnehmende Personenkreis durch Bekanntmachung nach § 687 ZPO erweitert; unterbleibt sie aber, wird die Maßnahme nicht wirkungslos¹⁾. Die Unterlassung der Bekanntmachung hindert den Eintritt der Entmündigung ebenso wenig wie die Bekanntmachung ihren Eintritt bedingt. Die Bekanntmachung bewirkt keine materielle Rechtsfolge. Sie ist nach dem geltenden Recht einzig und allein die Bekanntmachung allenfalls einer gerichtlichen Verfügung, deren Inhalt eine Warnung an die Öffentlichkeit darstellt, mit dem Entmündigten keine diesen verpflichtende Rechtsgeschäfte abzuschließen.

Das Gesetz wirkt so gesehen nur einseitig schützend. Der totale Schutz des zu Entmündigenden/Entmündigten bewirkt totale Schutzlosigkeit auf der anderen Seite: Der Rechtsverkehr trägt allein die rechtsgeschäftlichen Konsequenzen der Entmündigung.

Betrachtet man die E Volljähriger als rechtlichen und tatsächlichen Ausnahmecharakter²⁾, so bedeutet E Volljähriger stets eine Verunsicherung des auf die Geschäftsfähigkeit vertrauenden Rechtsverkehrs.

1) BayOBIG Seuff.Arch. 54; 144; Foerster-Kann § 687 N.4; StJ Schlosser § 687 II.

2) vgl. Statistiken 1 und 2 S. 28.

Das Gesetz aber, sonst so um Interessenausgleich bemüht, geht nicht von dem Ausnahmecharakter der E im Rechtsverkehr aus; es erklärt den Schutz des Betroffenen für derart umfassend, daß sogar der gute Glaube ungeschützt bleibt¹⁾. Die relativ geringe Anzahl von Fällen der Nichtgeschäftsfähigkeit bei Volljährigen wird - nach geltendem Recht - so stark geschützt, daß man prinzipielle Bedenken haben muß. Gerade die - gemessen an der Zahl der Wahlberechtigten²⁾ - relative Seltenheit der Entmündigungsfälle mit ihren besonderen Schutzwirkungen für den Entmündigten zwingt zu der Konsequenz, den fürsorgebedingten, zuungunsten des Rechtsverkehrs wirkenden Schutz auf der einen Seite dadurch auszugleichen, daß auf der anderen Seite ein Korrektiv eingefügt wird, das zum Ziel hat, den Interessen beider Seiten Rechnung zu tragen. Es fehlt dem Gesetz an einem gesetzlichen Vertrauenstatbestand, der eine Orientierung des Rechtsverkehrs von der veränderten Rechtslage des Betroffenen ermöglicht, und zwar zum Zwecke des Schutzes seines (des Rechtsverkehrs) Vertrauens und Vertrauenkönnens in die GFK des Gegenkontrahenten.

Aus dem Vorangegangenen folgt, daß das deutsche Entmündigungsrecht sowohl materiell als auch formell nicht mehr nur revisions-, sondern schon im höchsten Grade reformbedürftig ist.

Hat sich der Gesetzgeber aus seinerzeit verständlichen Gründen für ein EVR aus einer Kombination von fG- und streitverfahrensrechtlichen Elementen entschieden, hätte er den Standpunkt des EVR spätestens mit Einführung des reichseinheitlichen fG-Verfahrens erneut überprüfen müssen. Gleiches gilt für die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der "neuen" Entmündigungsgründe GSchw und T.

1) vgl. hierzu eingehend Nitschke JuS. 1968, 541.

2) vgl. oben S. 28, Fußn. 1.

Seit Inkrafttreten des BGB hat sich auf dem Gebiet des ER seitens des Gesetzgebers nichts getan. Die Praxis hat als "tätige Kritik am Gesetzgeber"¹⁾ Ersatzformen der E geschaffen, die zwar den Bedürfnissen des konkreten Einzelfalles eher gerecht werden können als die starren gesetzlichen Betreuungsmaßnahmen, die ihrerseits aber nicht immer den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit des Mittels und der Notwendigkeit des Eingriffs entsprechen; diese Ersatzformen laufen Gefahr gerade wegen ihrer mangelnden gesetzlichen Absicherung, Gesetzesverstößen, insbesondere Grundrechtsverletzungen, Vorschub zu leisten.

1) Diamond S. 1.

2. Hauptteil

Rechtsvergleichende Darstellung

Bevor Vorschläge für eine Neugestaltung gemacht werden sollen, sei ein Blick auf die gesetzlichen Regelungen des Betreuungsrechts in anderen Rechtsordnungen geworfen, und zwar auf die der DDR, Österreichs, der Schweiz und Frankreichs, zumal diese zeitlich¹⁾ nach dem deutschen BGB und der ZPO entstanden sind und größtenteils schon die deutsche Regelung zum Vergleich heranziehen konnten. An der Ausgestaltung dieser Regelungen kann z.T. gesehen werden, welche Punkte der ausländische Gesetzgeber im Vergleich zum deutschen Recht bewußt anders regeln wollte (insbes. Österreich) oder aufgrund seines gesamten Rechts zu einer anderen Ausgestaltung kommen mußte (Schweiz, Frankreich).

Es kann für eine deutsche Neuregelung von größter Bedeutung sein, die Regelungen der ausländischen Rechtsordnungen zu kennen, um hierdurch neue Anhaltspunkte für die eigene Reform zu gewinnen.

-
- 1) DDR: Familiengesetzbuch vom 20. 12. 1965.
 Österreich: Entmündigungsordnung vom 23. Juni 1916
 mit Begründung in JMBL 1916, 244 ff.
 Schweiz: Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
 Frankreich: Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 (c.c.)
 Décret n° 68-355 du 2 octobre 1968 (c.p.c.)

6. Kapitel

Regelungen in der DDR und Österreich

I. D D R

A. Materielle Regelung

Die Vorschrift des § 6 BGB gilt auch im Geltungsbereich der Verfassung der DDR ohne Änderung fort.

Die Vorschriften des Vormundschaftsrechts des BGB (BRD) sind durch das Familiengesetzbuch¹⁾ (FGB) abgelöst und neu geregelt worden. In § 98 I FGB knüpft das Gesetz an den Wortlaut des § 6 BGB an, in dem es die Vormundschaft über Volljährige zum Schutze und der umfassenden Sorge für Bürger definiert, die nicht in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst zu erledigen. Entgegen § 2 BGD tritt die Volljährigkeit schon mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein (§ 2 des Gesetzes über die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters²⁾).

Die rechtsgeschäftlichen Rechtsfolgen entsprechen durch die Fortgeltung der §§ 104 ff. BGD denen der Bundesrepublik, desgleichen die übrigen materiell-rechtlichen Rechtsfolgen, die sich durch das ganze BGB ziehen³⁾.

Interessant sind die vormundschaftlichen Vorschriften: § 99 FGB stellt im Gegensatz zu § 1906 BGB die organische Zusammengehörigkeit von endgültiger und vorläufiger Maßnahme durch den Zusatz her "wenn dies zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung...seiner Familie notwendig ist"⁴⁾.

1) vom 20. 12. 65, GBl (DDR) 1966, 1 ff.

2) vom 17. Mai 1950 (GBl S. 437).

3) vgl. oben S. 13 f.

4) vgl. oben S. 18, 116 f.

Weiterhin ist interessant, daß das staatliche Notariat die v.V. anordnet, und zwar nach eigener Überprüfung der formellen und materiellen E-Voraussetzungen¹⁾. Im Gegensatz hierzu wird im westdeutschen EVR eine derartige eigenständige Überprüfung durch das Vormundschaftsgericht nach Einleitung des Entmündigungsverfahrens ausgeschlossen²⁾.

Von Interesse ist auch, daß § 99 FGB versucht, die Vorläufigkeit der v.V. auf "die Dauer des E-Verfahrens" zu begrenzen. Diese Vorschrift ist wiederum insofern nicht klar, als auch hier die Dauer des Verfahrens zeitlich nicht fixiert ist.

In die Neuregelung durch das FGB wurde auch die Institution der Pflegschaft einbezogen. Auffallend hierbei ist die Vorschrift des § 109 Abs. 3 FGB, wonach im Rahmen des festgelegten Wirkungskreises des Pflegers der Pflegebedürftige einer nicht geschäftsfähigen Person gleichsteht. In diesen dem Pfleger zugewiesenen Angelegenheiten ist dieser gesetzlicher Vertreter.³⁾

B. Formelle Regelung

Die formellen E-Vorschriften (§§ 645 ff. ZPO) entsprechen im wesentlichen den in der Bundesrepublik geltenden mit wenigen Ausnahmen:

Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts (§ 645 ZPO) wurde durch die Neufassung des Gerichtsverfassungsgesetzes⁴⁾ aufgehoben und hierfür die des Kreisgerichts

1) FGB-Komm. § 99 RdNr. 1.

2) vgl. Jansen § 52 FGG Anm. 2.

3) vgl. auch das zu S. 26 n.1 Gesagte.

4) vom 2.10.1952 (GBL DDR S. 985) in der Fassung vom 17. April 1963 GBL DDR I 45 ff. s. insbes. § 1 I AnglVO (= Verordnung zur Angleichung von Verfahrensvorschriften auf dem Gebiet des Zivilrechts an das Gerichtsverfassungsgesetz (Angleichungsverordnung) vom 4. 10. 1952. GBL DDR 988.

begründet¹⁾ (§§ 36 ff. GVG DDR).

Für die Anfechtungsklage ist das Bezirksgericht (§ 2 AnglVO) in entsprechender Anwendung von § 28 GVG DDR als Gericht zweiter Instanz zuständig²⁾. Gegen dieses Urteil ist kein weiteres Rechtsmittel möglich³⁾.

Die Aufgaben der Gerichte der fG wurden durch die "Verordnung über die Errichtung und Tätigkeit des Staatl. Notariats" vom 15. Oktober 1952⁴⁾ dem Staatlichen Notariat, einer Verwaltungsdienststelle, zugewiesen. Zur Begründung wurde angeführt, die Aufgaben der fG seien Verwaltungstätigkeit und daher dieser zuzuordnen. Das GVG DDR sieht daher eine Ausgliederung der fG aus der Tätigkeit der Gerichte vor⁵⁾. Obwohl die staatlichen Notariate als Organe der Rechtspflege bezeichnet werden⁶⁾, üben sie reine Verwaltungstätigkeit aus⁷⁾. Die Errichtung des Staatl. Notariats folgt dem Aufbau der Staatl. Verwaltung⁸⁾.

Die Aufgaben des Vormundschaftsgerichts wurden infolgedessen dem Staatlichen Notariat übertragen, das somit auch für Vormundschaften über Volljährige (§ 98 III FGB DDR) zuständig ist.

Der Gesetzgeber der DDR hat sich mit der Streitfrage, ob

- 1) Zur Öffentlichkeit: § 14 AnglVO, die im Wortlaut § 171 GVG entspricht.
- 2) unveröffentl. Beschluß des OG v. 6. 1. 1964
2 UZ 36/63, zitiert in: ZPO, Hrsg. Staatsverlag der DDR Anm. 2 zu § 665 ZPO.
- 3) In der DDR besteht nur eine einzige Rechtsmittelinstanz. Rechtsmitteleinlegung gegen ein zweitinstanzliches Urteil eines Bezirksgerichts ist nicht mehr zulässig - vgl. Rosenthal S. 44; beachte auch Nathan II S. 34, der Berufung an das OG annimmt.
- 4) GBI. S. 1055.
- 5) Präambel zu dieser VO.
- 6) Rosenthal S. 51.
- 7) Artzt NJ 52, 517 (518).
- 8) Artzt a.a.O., S. 521.

fg Gerichtsbarkeit¹⁾ oder Verwaltung²⁾ sei, eindeutig für die Verwaltung entschieden.

Reformbestrebungen der DDR, die eine Neukodifikation eines "Zivilgesetzbuches der DDR"³⁾ zum Ziel haben, erfassen auch z.T. das Entmündigungsrecht. Es ist eine Einschränkung der E-Gründe geplant; nur die GK soll noch zur E berechtigen, dagegen sollen TS, V, Rauschmittelsucht⁴⁾ und Nervenstörungen nur zu einer Bestellung einer Pflegschaft führen⁵⁾. Der wegen GK Entmündigte soll nach diesen Reformplänen einem Kind unter 6 Jahren gleichstehen. In den übrigen Fällen bestimmt das Gericht den Kreis der Rechtshandlungen, zu deren Wirksamkeit der Betroffene der Mitwirkung des Pflegers bedarf, - in den dem Pfleger zugewiesenen Geschäften ist der Pflegling geschäftsunfähig. Die Rechtsfolge kann hierdurch den Bedürfnissen des konkreten Einzelfalles mehr angeglichen werden.

II. Österreich

A. Materielle Regelung

Die materiellen und formellen Voraussetzungen des Entmündigungsrechts sind in der "Kaiserlichen Verordnung" vom 28. Juni 1916 - RGBL. Nr. 207 - über die Entmündigungsordnung⁶⁾ geregelt.

1) Baur DNotZ 1955, 507.

2) vgl. Müller-Tochtermann DRiZ 56, 4. Bettermann, Lent-Festschrift S. 17; ders. Jellinek-Festschrift S. 361.

3) hierzu im einzelnen NJ 1970, S. 161 ff.

4) Kietz NJ 1970, 176.

5) Niethammer in: Probleme des Sozialistischen Zivilrechts, S. 71.

6) Der EntmO liegt ebenso wie dem deutschen BGB der juristische GK-Begriff zugrunde; vgl. Gschnitzer AT § 16 c III 1.

Entmündigungsgründe sind GK, GSchw (§ 1 EntmO)¹⁾, Verschwendung (V), Mißbrauch von Alkohol (T) und Nervengiften (N) (§ 2 EntmO). Eine E wegen Geistesstörung kann unter der Voraussetzung erfolgen, daß der zu Entmündigende unfähig ist, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen (§ 1 I EntmO) bzw. diese nicht gehörig besorgen kann (§ 1 II EntmO). Wegen V, T und N kann entmündigt werden, wenn der Betroffene sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt (§ 2 Ziff. 1 und 2), oder - bei T und N - die Sicherheit anderer gefährdet oder eines Beistandes zur gehörigen Erledigung seiner Angelegenheiten bedarf (§ 2 Ziff. 2 EntmO).

Nach § 1 EntmO können Personen im Alter von über 7 Jahren, die wegen GK oder GSchw unfähig sind, ihre Angelegenheiten zu besorgen, voll entmündigt, wenn sie aber nur eines Beistands bedürfen, beschränkt entmündigt werden²⁾. Eine weitere in die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen eingreifende Maßnahme kennt die EntmO nicht.

Die EntmO trennt nicht wie das DBGB zwischen E wegen Geisteskrankheit und -schwäche auf der Rechtsfolgen-seite. Sowohl bei GK als auch bei GSchw kann je nach dem persönlichen Schutzbedürfnis beschränkte wie volle E erfolgen. Die Rechtsfolge wird so der Lage des Einzelfalles angepaßt, denn "die Einengung der Verfügungsfreiheit soll nicht weiter reichen, als es der Schutz des Kranken und der Allgemeinheit, namentlich die Sicherheit des Verkehrs notwendig macht"³⁾.

Als Rechtsfolge bei den übrigen Entmündigungsgründen kann nur beschränkte E eintreten.

1) Der EntmO liegt ebenso wie dem deutschen BGB der juristische GK-Begriff zugrunde.

2) Zum Umfang und Inhalt der "Angelegenheiten" siehe Osterr. OGerichtshof E. v. 24.10.52 SZ XXV 284, 729.

3) IMVBl 1916, 249.

Die Entmündigungsfolgen auf rechtsgeschäftlichem Gebiet entsprechen im wesentlichen denen des DBGB¹⁾. Ein voll Entmündigter steht in seiner Handlungsfähigkeit einem Kinde vor dem vollendeten 7. Lebensjahr (§ 3 S. 1 EntmO), ein beschränkt Entmündigter einem mündigen Minderjährigen (§ 4 EntmO) gleich.

Das Österreichische Recht unterscheidet zwischen Kindern, Minderjährigen, bei letzteren wiederum zwischen unmündigen und mündigen Minderjährigen, und Großjährigen.

Die Rechtsgeschäfte einer unter 7 Jahre alten Person sind - entsprechend § 104, Ziff. 1 DBGB - absolut unwirksam²⁾ (vgl. §§ 21, 365 ABGB); Diese Personen können - ebenso wie im DBGB - keine rechtlich vorteilhaften Verträge abschließen³⁾.

Für die Gültigkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung ist die Fähigkeit, vernunftgemäß zu handeln, erforderlich. Liegt eine GK vor, ist nur festzustellen, daß die Person diese Fähigkeit ("den Gebrauch der Vernunft" - § 365 ABGB) nicht besitzt; Fehlt sie, sind die vorgenommenen Rechtsgeschäfte von Anfang an nichtig (vgl. § 104 Ziff. 2 BGB).

Die Mündigkeit beginnt mit dem vollendeten 14. Jahr⁴⁾, der Raum zwischen dem vollendeten 7. und 14. Lebensjahr ist entmündigungsrechtlich irrelevant.

Der mündige Minderjährige ist, ebenso der unmündige, beschränkt geschäftsfähig; er kann neben den Rechten, die dem unmündigen Minderjährigen zustehen, durch eigene Handlungen Besitzer werden (§ 310 ABGB) und kann wie der Unmündige selbständig Verträge schließen, soweit sie ihn nicht verpflichten; er kann schon über ihm überlassene

1) Ehrenzweig AT § 71 II, S. 164; beachte auch Wortlaut des § 21 ABGB.

2) Klang-Wolfr § 21 ABGB I 2 a S. 148/149.

3) Ehrenzweig AT § 86 S. 204.

4) Klang-Wentzel/Piegler § 2/3 I S. 503.

Sachen frei verfügen¹⁾, ist voll deliktsfähig (im DBGB erst mit 18 Jahren - § 828 II 1) und kann seinen Beruf frei wählen (§ 148 ABGB)²⁾.

Die EntmO sieht die Bestellung eines Kurators für einen voll Entmündigten (§ 3 S. 2 EntmO), einen Beistand für den beschränkt Entmündigten vor (§ 4 I EntmO). Die Unterscheidung, die das ABGB zwischen Vormund und Kurator macht, besteht darin, daß ein Kurator dann bestellt wird, wenn eine Person aus einem anderen Grunde als wegen Fortfalles der Sorge des ehelichen Vaters ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen unfähig ist (§ 269 ABGB). Für den Kurator gelten die Vorschriften über den Vormund entsprechend (§ 282 ABGB).

Die Stellung des Beistandes unterscheidet sich von der des Vormundes insbesondere darin, als das Pflegschaftsgericht dem Beistand das Recht vorbehalten kann, dem Entmündigten das von ihm durch eigenen Fleiß Erworbene vorzuenthalten und zu verwalten (§ 4 III EntmO)³⁾.

Das ABGB sieht eine der deutschen Pflegschaft entsprechende Kuratel vor (§§ 269 ff. ABGB). Eine Einschränkung der Geschäftsfähigkeit mit einer hiermit verbundenen Personensorge ist jedoch allein nur über die Voraussetzungen der EntmO möglich⁴⁾.

1) Klang-Wolff, § 273 ABGB, 2 c alpha S. 152.

2) Die Einführung des mündigen Minderjährigen verhindert die im deutschen BGB theoretisch mögliche Ausweitung der Vorschriften der §§ 112, 113 BGB, auch auf unmündige Minderjährige.

3) JMVBl 1916, 252.

4) § 275 ABGB sieht eine Fortdauer der Kuratel über die Großjährigkeitsgrenze (21 Jahre - § 21 ABGB) hinaus kraft Gesetzes bei Taubstummen vor. Die Lehre will § 275 ABGB analog auf alle Fälle des körperlichen Gebrechens anwenden, weil aus solchen Gründen die väterliche Gewalt (§ 173 ABGB) oder die Vormundschaft (§ 251 ABGB) verlängert werden kann (vgl. Kapfer § 275 Anm. 2), die Freiwilligkeit der Kuratel wird auf diese Weise von der Lehre extrem ausgeweitet. Mit Recht gegen diese Entwicklung Klang-Wentzel/Piegler § 275 II.

Die E hat-ebenso wie im BGB - konstitutive Wirkung¹⁾. Sie schließt ein rechtsgeschäftliches Handeln in lichten Augenblicken jedoch nur bedingt aus: In lichten Augenblicken kann auch der voll oder beschränkt Entmündigte eine letztwillige Verfügung errichten oder gültig Zeuge einer solchen sein²⁾.

Hervorzuheben ist die Beschränkung der Testierfähigkeit bei Entmündigten.

Nach § 2 Abs. 1 des Testamentsgesetzes³⁾ sind Entmündigte testierunfähig, die Testierunfähigkeit tritt mit der Stellung des Entmündigungsantrages ein. § 4 EntmO ändert diesen Grundsatz ab, indem er eine beschränkte Testierfähigkeit zuläßt.

Der wegen GK oder GSchw beschränkt Entmündigte kann nur mündlich vor Gericht testieren (§§ 4 II EntmO, 569 ABGB); der Testiervorgang unterliegt einer besonderen Form.

Dagegen ist die Testierfähigkeit eines wegen Verschwendung, Mißbrauchs von Alkohol oder (Rauschmittel) Nervengiften dem Umfang nach beschränkt; - Er kann nur über die Hälfte seines Vermögens testieren (§ 568 ABGB).

Als vorläufige Maßnahme kann vorläufig Obsorge (§ 8 EntmO) angeordnet werden. Dem Betroffenen wird ein vorläufiger Beistand bestellt, der die gleichen Rechte hat wie der endgültige. Das Gericht kann den Wirkungskreis des vorläufigen Beistandes mit Rücksicht auf Grund und Zweck der Bestellung sowie auf das Interesse der Pflegebefohlenen beschränken oder begrenzen (§ 9 Abs. 1 S. 2 EntmO). Außerhalb dieses Wirkungskreises ist der Betroffene weiterhin voll geschäftsfähig (§ 9 II EntmO).

In § 9 EntmO wird im Gegensatz zu § 1906 DBGB entscheidend auf das konkrete Schutzbedürfnis abgestellt. Der

1) Gschnitzer AT § 16 C I 2.

2) JMVBl 1916, 252; Gschnitzer AT § 27 A 2 b.

3) Gesetz über die Errichtung von Testamenten vom 31. Juli 1938 Deutsches RGBl. I S. 973.

E-Antrag bewirkt nicht sofort den so umfassenden Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen, sondern es erfolgt nach Überprüfung des Sachverhalts eine Angleichung der Maßnahme an das vorliegende Schutzbedürfnis im konkreten Einzelfall.

Der Umfang des notwendigen Eingriffs wird gerichtlich abgesteckt. Es wird hiermit ein Effekt erreicht, den vergleichsweise § 105 FGB durch Bestellung einer Gebrechlichkeitspflegschaft herbeiführt: die Angleichung des Eingriffs an die Bedürfnisse des Einzelfalls unter teilweiser Belassung aller Rechte. § 9 II EntmO unterwirft den vorläufigen Eingriff diesem Prinzip Verhältnismäßigkeit des Mittels und Erforderlichkeit des Eingriffs, was § 1906 BGB in diesem Umfange überhaupt nicht tut.

Die Entmündigung wird aufgehoben, wenn der sie begründende Umstand wegfällt (§§ 50 ff. EntmO). Die EntmO bietet hierbei eine ungewöhnliche Sonderform der Aufhebung: die Umwandlung des Entmündigungsgrundes Geisteskrankheit in Geistesschwäche (§ 50 II EntmO).

B. Formelle Regelung

Das Entmündigungsverfahren wird durch die §§ 25 ff. EntmO geregelt.

Das EVR gehört der Gerichtsbarkeit in Geschäften außer Streitsachen an (vgl. § 109 JN); es gilt, soweit nicht speziellere Vorschriften der EntmO entgegenstehen, das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (AußStr G § 1, § 56 I EntmO) - ein dem deutschen FGG entsprechendes Gesetz.

Zuständigkeit

Für die örtliche Zuständigkeit wird nach § 12 EntmO -entgegen § 109 JN - nicht der allgemeine Gerichtsstand,

sondern ausdrücklich der Gerichtsstand des ständigen Aufenthalts begründet¹⁾. Es entscheidet so auch bei Personen, die keinen Wohnsitz begründen können, zum Beispiel bei Geisteskranken, deren Aufenthalt, ihr ständiges Verweilen an einem Ort. Es können somit Wohnsitz und Aufenthaltsort ohne weiteres auseinanderfallen. Allein maßgebend ist der ständige Aufenthalt für die Zuständigkeit des E-Gerichts²⁾, während nach deutschem Recht der allgemeine Gerichtsstand des zu Entmündigenden entscheidet (§ 648 ZPO)³⁾.

Sachlich zuständig ist das Bezirksgericht (§§ 2 JN, 12 EntmO), das als Entmündigungs- und Pflegschaftsgericht (= entsprechend dem Vormundschaftsgericht im deutschen Recht) gleichzeitig auch über die Zulässigkeit der Anhaltung (= Freiheitsentziehung) entscheidet (§§ 16 I, 17, 18 EntmO).

Antrag:

Das EV wegen GK und GSchw kann sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag hin eingeleitet werden; während die E wegen T, V und N nur auf Antrag hin erfolgen kann (§ 25 EntmO).

Antragsteller:

Die EntmO zieht den Kreis der privaten Antragsteller so weit, daß auch neben den engeren Familienangehörigen die in der Seitenlinie bis zum 4. Grade Verwandten oder im 2. Grad Verschwägerten antragsberechtigt sind (§§ 26 I EntmO). Der Vergleich zu § 646 I ZPO zeigt, daß nach § 26 EntmO ein Antrag von Verwandten auch dann schon gegen den verheirateten Interdizenten gestellt werden kann, wenn der andere Ehegatte noch nicht zur Stellung des Antrags dauernd außerstande...oder wenn die

1) beachte §§ 65 ff. JN, insbes. §§ 66, 67 JN.

2) Fasching § 109 JN, Anm. S. 524.

3) hierzu eingehend oben S. 44 f.

häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist.

Im Gegensatz zum deutschen Recht (§§ 68o III, 646 II ZPO) wird das Antragsrecht des Staatsanwalts auch auf die Fälle der TS und des Mißbrauchs von Nervengiften erweitert, soweit es das öffentliche Interesse erfordert¹⁾.

Unabhängig vom öffentlichen Interesse können bei V, T und N der Vorsteher der Aufenthalts- bzw. Heimatgemeinde und die Armenpflege antragsberechtigt sein (§ 26 III EntmO). Ebenso wie das deutsche Recht (§ 69 V JWG) kennt das österreichische Recht ein Antragsrecht der Fürsorgeerziehungsbehörde in den Fällen der GK und GSchw (§ 58 Abs. 2 Österr. JWVO).

Verglichen mit dem deutschen Antragsrecht (§§ 646, 68o ZPO) zeigt die österreichische Kombination von privatem und öffentlichem Antragsrecht einerseits und die Einleitung des EV bei Geistesstörung sowohl von Amts wegen als auch aufgrund Privatantrags andererseits die Tendenz auf, bei Vorliegen eines die E rechtfertigenden Grundes dem Betroffenen unter allen Umständen zu dem erforderlichen vormundschaftlichen Schutz zu verhelfen, und zwar unabhängig von der in Deutschland häufigsten Verfahrenseinführung aufgrund Privatantrags.

Gerade im Zusammenspiel der öffentlich Antragsberechtigten zeigt sich ein Unterschied am deutschen Recht. Bei vorliegendem öffentlichem Interesse bei TS und N können sowohl die STA als auch die örtlichen Behörden als Antragsteller tätig werden (§ 26 III EntmO). Im deutschen EVR sind die Kompetenzen der öffentlichen Antragstelle jedoch derart stark gegeneinander abgegrenzt, daß ein wirksames, zweckorientiertes Tätigwerden des

1) Die Verschwendung ist von den in der EntmO vorgesehenen Entmündigungsgründen der einzige, bei dem kein "öffentl. Interesse" an einer Schutzbetreuung besteht.

öffentlichen Antragstellers unmöglich ist. Im Gegensatz hierzu schließen sich im österreichischen EVR die öffentlichen Antragsteller nicht gegenseitig aus, sondern sie ergänzen sich. Bei den E-Gründen GK und GSchw, bei denen auch ein Antragsrecht der Staatsanwaltschaft besteht (§ 26 II EntmO), wird das öffentliche Interesse an der E darüber hinaus noch durch eine Einleitungsberechtigung von Amts wegen dokumentiert. Im österreichischen EVR ist daher stets eine sich gegenseitig ergänzende Verfahrenseinleitungsmöglichkeit von Seiten der öffentlichen Gewalt gewährleistet.

Vor Einleitung des Verfahrens "kann" das Gericht allerdings auch nur in den Fällen der Geistesstörung die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses anordnen. Dies darf jedoch nicht älter als 14 Tage (EntmO § 28) und nicht von Familienangehörigen des Betroffenen ausgestellt sein. Ein derartiges, an zwei voneinander unabhängige Voraussetzungen geknüpftes ärztliches Zeugnis, wie es die EntmO vorschreibt, ist der DZPO unbekannt.

Verfahrensmäßig bestehen zum amtsgerichtlichen Beschlußverfahren der DZPO nur geringe Unterschiede. Es besteht wie in § 653 ZPO auch hier der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 32 EntmO).

§ 29 EntmO sieht ausdrücklich vor, daß der Antragsteller, der zu Entmündigende, sein Vertreter und der vorläufige Beistand zu allen Untersuchungen, Vernehmungen und sonstigen Verhandlungen zu laden und über die für die Entscheidung wesentlichen Tatsachen zu hören sind. Dieses Recht wird noch durch § 31 EntmO erweitert. Die genannten Personen sind befugt, Fragen an Sachverständige, Zeugen und Auskunftspersonen zu stellen, ihnen wichtig erscheinende Punkte für die Untersuchung zu bezeichnen, Anträge zu stellen, ferner in die Akten einzusehen und Abschriften zu verlangen.

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist durch diese Normen umfassend geregelt, - dem Betroffenen sind so seine (Verfahrens)-Rechte gesetzlich garantiert.

Für das Beweisaufnahmeverfahren gelten die Vorschriften der österreichischen ZPO¹⁾ sinngemäß (§ 56 II EntmO) mit der Abwandlung, daß das Gericht in allen Fällen von Amts wegen ohne förmlichen Beweisbeschuß tätig werden darf²⁾.

Eine E wegen Geistesstörung oder Mißbrauch von Nerven- giften (N) darf nicht ohne vorangegangene Sachverständigen-Untersuchung des Betroffenen ausgesprochen werden (§ 33 I EntmO). Diese Vorschrift soll auch analog auf T angewandt werden³⁾.

Die E erfolgt durch Beschluß (§ 35 I EntmO). Wie die ZPO (§ 681), kennt auch die EntmO einen Aussetzungs- grund (§ 36 EntmO). Eine Aussetzung des Verfahrens ist nur in den Fällen beantragter E-Grund wegen N und T, nicht aber bei einem auf Geistesstörung begründeten An- trag möglich. Das Gericht setzt in diesem Fall eine an- gemessene Bewährungsfrist. Dies ist deshalb von beson- derem Interesse, weil weder § 681 ZPO eine Fristsetzung vorsieht noch eine solche im Beschluß angegeben werden muß⁴⁾.

Der Beschluß wird - entsprechend § 661 ZPO - mit Beginn des Tages, an dem die Zustellung erfolgt, wirksam. - Das Gericht kann die Wirksamkeit jedoch bis zum Beginn des Tages, an dem der Beschluß rechtskräftig wird (§ 67 I EntmO), aufschieben. Sich an die Wirksamkeit

1) Über die Beweisaufnahme und die Beschaffung von Ur- kunden, Augenscheinsgegenständen und Auskunftssachen §§ 266 ff. (275 ff.) österr. ZPO.

2) vgl. hierzu eingehend JMVBL 1916, 272.

3) Klang-Wentzel/Piegler § 273 ABGB 512.

4) vgl. StJ Schlosser § 681 I .

anschließend erfolgt eine Bekanntmachung der E durch das Pflegschaftsgericht¹⁾, in der auch der Grund der E anzugeben ist (§ 2 Ziff. 3)²⁾.

Kosten:

Die Kosten des Verfahrens trägt der Entmündigte (§ 61 EntmO), wenn hierdurch nicht sein und der Unterhalt der Familie gefährdet wird (§ 63 I EntmO), bei Vermögenslosigkeit dessen Unterhaltsverpflichteter (§ 63 II EntmO).

Entgegen der ZPO (§ 658 II, beachte § 632) wird das Kostentragungsrisiko unabhängig vom Entmündigungsgrund auf denjenigen erweitert, dem die Grundlosigkeit dieser Maßnahme bekannt war oder bekannt sein mußte (Verschuldenshaftung) (§ 60 I EntmO) bzw. wenn zweckwidrige oder unbegründete Anträge gestellt wurden (§ 60 III EntmO) (Verursachungshaftung).

Der Schutz vor einem Mißbrauch des privaten Antragsrechts ist hierdurch wesentlich erweitert³⁾.

Rechtsmittel:

Gegen den die E aussprechenden Beschluß ist Widerspruch (§§ 37 EntmO) und/oder Rekurs (§ 49 EntmO) möglich.

Der Rekurs, ein der Beschwerde des § 20 FGG nahestehendes Rechtsmittel, ermöglicht es den Beteiligten, neue Umstände und Beweismittel zu benennen (§ 10 AuBStr.G)⁴⁾.

- 1) nach der Verordnung vom 14.7.1916 JMVBL Nr. 24 über die Bekanntmachung der E.
- 2) § 2: "Das Edikt hat zu enthalten: Ziff. 3: die Angabe, ob und aus welchem Grunde (GK, GSchw, V, T oder N) auf volle oder beschränkte E erkannt oder ob die E aufgehoben wird; eine genaue Angabe des E-Grundes, insbes. eine nähere Bezeichnung der Art u. des Grades der geistigen Erkrankung hat zu unterbleiben."
§ 3: "Das Edikt ist durch Anschlag an der Gerichtstafel, in der Gemeinde des ständigen Aufenthalts des E in ortsüblicher Weise und nach Ermessen des Gerichts auch durch Einschaltung öff. Blätter kundzumachen..."
§ 4, Abs. 2: "Die E ist im Grundbuch zu vermerken" (§ 20 Buchst. a. GBG).
- 3) vgl. JMVBL 1916, 275.
- 4) dagegen: § 526 österr. ZPO. E.5. X. 15 GLUNF 7594; 24.VI.13 GLUNF 6496; 22.VI.09 GLUNF 4659.

Die Entscheidung ergeht in nicht öffentlicher Sitzung ohne Anhörung der Beteiligten über das neue Vorbringen. Diese Mittelbarkeit des Rekursverfahrens führt zwar zu einer neuen Sachüberprüfung, die sich jedoch nur auf die dem Bezirksgericht vorgelegenen Tatsachen plus die neuen Beweismittel stützt.

Es findet eine Überprüfung mit neuen Entscheidungsunterlagen, aber keine umfassende Neuprüfung des gesamten Prozeßmaterials statt¹⁾.

Der Widerspruch, der den Beteiligten nach den Vorstellungen der amtlichen Begründung einen besonderen Rechtshelf in die Hand gibt, "durch den der Entmündigte nach Abschluß des Verfahrens in erster Instanz ein neues Verfahren vor dem Gerichtshof (Kollegialgericht²⁾), allenfalls auf neuen Grundlagen, herbeiführen kann"³⁾, ermöglicht in weiterem Rahmen eine unmittelbare, öffentliche Verhandlung über den Prozeßstoff. Der Widerspruch rollt das Verfahren von neuem auf; er führt nicht zu einer bloßen Über-, sondern zu einer abermaligen Neuprüfung des gesamten Sachverhalts in einem durch besondere Kautelen gesicherten Verfahren⁴⁾. Die Vorschriften der ZPO über die mündliche Verhandlung finden entsprechende Anwendung (§ 57 EntmO).

Der Widerspruch ist im Vergleich zum Rekurs das umfassendere Rechtsmittel. So ist auch die Anordnung des Gesetzes zu verstehen: Es können Widerspruch und Rekurs nur alternativ eingelegt werden, obwohl § 49 I S. 2 EntmO auch eine kumulative Einlegung zu ermöglichen scheint. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn verschiedene Beschwerzte Rechtsmittel einlegen. Ausreichend ist in jedem Falle

1) vgl. Sprung S. 119.

2) besetzt mit 3 Richtern (§§ 3, 7 JN).

3) JMVBl 1916, 265.

4) Sprung, S. 119, vgl. auch Gschnitzer AT § 16 C VI 3 b.

der Widerspruch, der eine rechtmäßige Überprüfung des Sachverhalts im Rahmen des Rekurses mitumfaßt.

Die E wird aufgehoben, wenn die Voraussetzungen der E nicht mehr vorliegen (§ 50 EntmO). Die EntmO kennt neben der Aufhebung der E eine Umwandlung der vollen in eine beschränkte E. Beide Maßnahmen, Aufhebung und Umwandlung, erfolgen, entsprechend dem EV entweder auf Antrag oder bei Geistesstörung auch von Amts wegen.

Das Aufhebungs- bzw. Umwandlungsverfahren läuft im wesentlichen wie das EV ab (§ 52 EntmO).

Von Interesse ist auch § 54 EntmO. Hiernach kann das Gericht eine "Sperrre" für Aufhebungs- oder Umwandlungsanträge anordnen, wenn eine Besserung des Zustandes des Betroffenen "mit Sicherheit" in nächster Zeit nicht zu erwarten ist. Dieser Ausschluß ist für künftige Anträge Prozeßhindernis, bewirkt aber keine zeitlich begrenzte materielle Rechtskraft der Entmündigungsentscheidung.

Konsequent ist die EntmO. bezüglich des Wirksamwerdens der Aufhebung: die Aufhebungsvoraussetzungen entsprechen denen der Anordnung der E, so wird der Aufhebungsbeschluß an dem Tage wirksam, an dem er dem Entmündigten zugestellt wird (§ 67 EntmO). Dagegen macht der deutsche ZPO (§ 678 III) die Wirksamkeit der E von der formellen Rechtskraft des Beschlusses abhängig.

Die Entmündigungsordnung regelt außerdem noch abschließend das Freiheitsentziehungsverfahren, das Anhaltungsverfahren (§§ 16 ff. EntmO). Sinn dieser Einfügung war es, die zwangsweise Unterbringung der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen¹⁾. Die Anhaltung darf nicht länger als ein Jahr dauern, es sei denn, die Ausdehnung der Anhaltung ist zwischenzeitlich erneut gerichtlich

1) JMVBl. 1916, 257.

überprüft worden (§ 23 I, III EntmO).

An der österreichischen Entmündigungsordnung fällt auf, daß sie Zusammengehöriges (materielles und formelles Entmündigungsrecht und das Anhaltungsverfahren) zusammenfaßt und hierdurch eine organische Einheit bildet.

7. Kapitel

Regelungen in der Schweiz und Frankreich

I. Schweiz

A. Materielle Regelung

Materielle Voraussetzungen für eine E in der Schweiz bildendie in Art. 369 - 372 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) ~~abschließend~~ aufgezählten Gründe. Bei Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber genügt diese Tatsache an sich, eine E zu rechtfertigen. GK, GSchw (Art. 369 ZGB), V, T, lasterhafter Lebenswandel oder Mißwirtschaft (Art. 370), Schutzbedürfnis wegen Altersschwäche oder Gebrechen (Art. 372 - Bevormundung auf eigenen Antrag) sind hingegen nur dann Bevormundungsvoraussetzungen, wenn diese die Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten bewirken.

Nach Art. 369 ZGB werden GK und GSchw unterschieden; sie sind, wie im deutschen BGB, vorwiegend juristische Begriffe¹⁾, die dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens folgen²⁾. GK ist somit eine stärkere, für den Normalen nicht mehr "einfühlbare" psychische Störung³⁾, GSchw dagegen die dauernden Schwächen des Geistes, d.h. des Intellekts⁴⁾, eine vom Laien nicht völlig uneinfühlbare psychische Gleichgewichtsstörung⁵⁾. Eine Analogie auf

1) Egger Art. 369 Rdnr. 35.

2) Egger a.a.O. Rdnr. 36.

3) Manz S. 32, Binder S. 42.

4) Manz S. 37.

5) Binder S. 76.

seelische Störungen, die nicht Geisteskrankheiten in diesem Sinne sind, ist nicht zulässig¹⁾. Eine E kann aber nur dann erfolgen, wenn ein abnormer Zustand dauernder Natur vorliegt²⁾.

Die rechtsgeschäftlichen Entmündigungsfolgen unterscheiden sich von den deutschen in wesentlichen Punkten.

Das ZGB kennt zwei Arten der Entmündigten: den urteilsfähigen und den urteilsunfähigen Entmündigten.

Das schweizerische ZGD entzieht dem Entmündigten die "Mündigkeit", das formale Element der Handlungsfähigkeit³⁾. Die Mündigkeit tritt im Alter von 20 Jahren ein (Art. 14 ZGB).

Das materielle Element der Handlungsfähigkeit ist die "Urteilsfähigkeit", das ist die Fähigkeit, ordnungsgemäß zu handeln (Art. 16 ZGB). Eine bestimmte Grenze des Beginns der Urteilsfähigkeit kennt das ZGB nicht. Ein Kind unter 7 Jahren besitzt die Urteilsfähigkeit schlechterdings nicht, es wächst in sie hinein. Ob die Urteilsfähigkeit bei einem Kind (über 7 Jahre) vorliegt, hängt davon ab, welche Anforderungen eine bestimmte Lebenslage an die Urteilskraft des Kindes stellt und dem Grad der individuellen Entwicklung⁴⁾, den das Kind erreicht hat.

Die Urteilsfähigkeit ist nicht so starr wie die GFK des BGB: So kann ein Minderjähriger für die eine Handlung urteilsfähig, für die andere als urteilsunfähig anzusehen sein⁵⁾. Sie wird als "natürliche Fähig-

1) Manz S. 36.

2) BGE 62 II, 264; 85 II 460.

3) vgl. BGE 45 II 43.
vgl. auch Huber I S. 51 f.

4) Egger Art. 16 N.12.

5) BGE 44 II 449, Tuor § 9 II a.

keit"¹⁾, Rechtshandlungen vorzunehmen, bei mündigen Personen grundsätzlich als vorhanden angenommen. Ob Urteilsfähigkeit bei Unmündigen oder Entmündigten vorliegt, ist Frage des konkreten Einzelfalles. Im Gegensatz zum deutschen Recht, das eine Geschäftsunfähigkeit für alle Rechtsgeschäfte annimmt, solange ein krankhaft bedingter Zustand bzw. die E fort dauert (§§ 104, 105 BGB), geht das ZGB von einer speziellen Handlungsfähigkeit aus, also von einer Urteilsfähigkeit bezüglich des konkreten Rechtsgeschäftes.

Die Urteilsfähigkeit wird im Zweifel vermutet²⁾. Ihr Nichtvorhandensein muß von derjenigen Partei dargetan werden, die aus ihr Rechte ableitet³⁾ (vgl. auch Art. 8 ZGB). Unmündigkeit und Entmündigung sind kein Beweis oder auch keine Beweiserleichterung für das Nichtvorliegen der Urteilsfähigkeit (vgl. Art. 19 ZGB).

Als Rechtsfolge der E wegen GK oder GSchw tritt, wie bei den übrigen Entmündigungsgründen, eine relative Geschäftsunfähigkeit ein (s. Art 19 ZGB). Fehlt im Einzelfall jedoch die erforderliche Urteilsfähigkeit, so tritt völlige Handlungsunfähigkeit ein (Art. 16 ZGB). Grundsätzlich kennt das ZGB neben dem Entzug der Mündigkeit keine feste Entmündigungsrechtsfolge bezüglich des rechtsgeschäftlichen Handelnskönnens wie das BGB oder ABGB. - Es liegt entweder Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit vor. Die Unterscheidung der Entmündigungsgründe GK und GSchw ist infolge möglicher gleicher Rechtsfolgen mehr nur "erklärender Natur". Entscheidend ist das Vorliegen oder

1) Nach Huber (I S. 54) ist Urteilsunfähigkeit ein Mangel in der Urteilskraft, die bei den drei Elementen der menschlichen Geistestätigkeit: Erkenntnis, Urteil und Willen das entscheidende Kriterium darstellt, sei es, daß die Urteilskraft ganz fehlt oder daß nicht dem richtigen Urteil gemäß gehandelt werden kann.

2) vgl. BGE 45 II 48; BGE I 74, SJZ 11, 334.

3) Tuor a.a.O.

Nichtmehrvorliegen der Urteilsfähigkeit¹⁾. Die E als solche bewirkt also nicht, so aber nach § 104 Ziff. 3 BGB, ipso iure die Annahme der Urteilsunfähigkeit. Handelt ein urteilsunfähiger Entmündigter, ist wegen seiner fehlenden Urteilsfähigkeit das Rechtsgeschäft unwirksam und grundsätzlich für die Rechtsordnung unbeachtlich²⁾. Dagegen sind verpflichtende Rechtshandlungen urteilsfähiger unmündiger oder entmündigter Personen solange schwebend unwirksam ("hinkend"³⁾), solange sie ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen wurden (Art. 19 ZGB) oder nicht innerhalb "nützlicher" Frist die Genehmigung erfolgt (Art. 41o ZGB).

Ebenso wie im deutschen und österreichischen Recht sind auch nach dem schweizerischen vorteilhaft ("unentgeltliche") Geschäfte auch ohne die Zustimmung des Beistands wirksam⁴⁾.

Die E beschränkt sich auf den Entzug der Mündigkeit; die E wirkt konstitutiv insoweit, als von Rechtskraft des Beschlusses an ein Zustimmungserfordernis des gesetzlichen Vertreters zu allen Rechtshandlungen des (urteilsfähigen) Bevormundeten notwendig ist.

Für die Schweiz ergibt sich das Problem der Gültigkeit eines von einem Entmündigten in lichten Augenblicken vorgenommenen Rechtsgeschäftes insoweit nicht, als ja grundsätzlich von der Urteilsfähigkeit ausgegangen wird. Ist das Rechtsgeschäft während eines lichten Zwischenraumes abgeschlossen worden, liegt Urteilsfähigkeit

1) Ehrenzweig (§ 476 S. 3o2) nennt für das österreichische Recht die Maßregel einer vollen E neben der beschränkten E "bedenklich"; nur wenn der Betreffende wirklich des "Vernunftgebrauches beraubt war" (§ 865 ABGB), sei er völlig handlungsunfähig. Die österreichische EntmO folge in dieser Alternative "leider" dem Vorbilde des deutschen Rechts" (S. 3o3).

2) Tuor § 9 II b.

3) Tuor § 46 II b.

4) im einzelnen hierzu Jentsch S. 71; beachte auch unten S.2o8 Fußn. 2.

bezüglich des konkreten Rechtsgeschäfts ohnehin vor, unterliegt aber dem Zustimmungserfordernis des Vormundes, denn es fehlt aufgrund der E an dem für die Handlungsfähigkeit entscheidenden Element, der Mündigkeit.

Bevor eine Bevormundung ausgesprochen wird, muß seitens der Vormundschaftsbehörde geprüft werden, ob nicht eine weniger stärker in die Rechtspersönlichkeit des Betroffenen eingreifende Betreuungsmaßnahme angeordnet werden kann: Beistandschaft (Art. 392 ff. ZGB) entspricht ihren gesetzlichen Voraussetzungen nach überwiegend der deutschen Pflegschaft, beschränkt sich jedoch ausschließlich auf Vermögensangelegenheiten.

Weiterhin ist Beiratschaft (Art. 395) möglich, die auf bestimmten, ebenfalls rein vermögensrechtlichen Gebieten, die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen aufhebt. Daneben steht die von der Lehre entwickelte und vom schweizerischen Bundesgericht¹⁾ übernommene kombinierte Beiratschaft, aber auch sie beschränkt sich nur auf vermögensrechtliche Angelegenheiten. Sind die Angelegenheiten nicht mehr nur auf Vermögensangelegenheiten beschränkbar, sondern ergibt sich die Notwendigkeit persönlicher Fürsorge z.B. bei Trinkern²⁾ oder geistig Beschränkten³⁾, so ist Vormundschaft anzuordnen, denn "die Beiratschaft darf nicht dazu dienen, von der Anordnung der Vormundschaft abzusehen, wenn die Voraussetzungen für eine solche gegeben sind"⁴⁾.

Die Beiratschaft hat im Gegensatz zur deutschen Pflegschaft mit der E einen gemeinsamen Bezugspunkt. Nach Art. 395 ZGB ist eine Beiratschaft möglich, wenn "für die E kein genügender Grund vorliegt". Dagegen aber ermöglicht nur die

1) BGE 66 II 13 gegen BGE 56 II 239 (244); eingehend Braegger, ZVW 5, 46.

2) BGE 65 II 141.

3) BGE 66 II 12; 85 II 235.

4) BGE 66 II 13 (14).

Entmündigung eine umfassende Betreuung in allen Angelegenheiten vermögenssorge- und personensorgerechtlicher Art.

Vorteile besitzt die Beiratschaft insoweit, als sie sich auf Vermögensangelegenheiten beschränkt. Bei V, die keinerlei Personensorgemaßnahme erfordert, könnte nach schweizerischem Recht noch Beiratschaft, nach deutschem Recht müßte dagegen E aber schon erfolgen.

Die gesetzliche Abstufung von Bevormundung und Beiratschaft ist also insoweit von Vorteil, als schwerere Eingriffe in die Rechtspersönlichkeit des Betroffenen erst dann möglich sind, wenn eine Betreuung mit einer leichteren Schutzmaßnahme ausscheidet. Andererseits hat diese Differenzierung den Nachteil, daß in Fällen partiellen personensorgerechtlichen Schutzbedürfnisses die E mit ihren umfassenden Wirkungen eingreifen muß. Auf personensorgerechtlichem Sektor kennt das ZGB keine leichtere Maßnahme, die nur partiell beschränkend wirkt, was besondere Bedeutung in den Fällen der Querulanz¹⁾ oder des Eifersuchtswahns erhält, in welchen ohne Zweifel das personensorgerechtliche Element überwiegt²⁾.

Die Bevormundung ist nach dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers zwar die "ultima ratio" der Betreuungsmaßnahmen³⁾; sie verliert aber wegen der scharfen Trennung von vermögensrechtlichen und personensorgerechtlichen

1) Egger Art. 395 N. 37 hält hier eine Beiratschaft für ausreichend.

2) in diesen Fällen wird versucht, durch Heranziehung von Beirat- und Beistandschaft einen relativen Schutz ohne E zu gewähren, s. Egger a.a.O.

3) Tuor § 44 III spricht von dem "Stufenbau" der vormundschaftlichen Maßnahmen. Dieses ist nur bedingt richtig: Vormundschaft, Beiratschaft und Beistandschaft dienen verschiedenen Zwecken und können nicht beliebig füreinander eingesetzt werden (vgl. Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts. S. 31).

Schutzmaßnahmen ihren ultima-ratio-Charakter, weil sie schon bei Fällen mit nur geringer personensorgerechtlicher Schutzbedürftigkeit zur Anwendung kommen muß.

Auch das ZGB sieht zum Schutze des Betroffenen eine vorläufige Fürsorge vor (Art. 386 ZGB).

Die materiellen Voraussetzungen der vorläufigen Maßnahme entsprechen weitgehend denen des § 1906 BGB. Sie unterscheiden sich insoweit in ihren Anordnungs-voraussetzungen, als die vorläufige Fürsorge auch zum Schutze Dritter möglich sein kann¹⁾.

Als vorläufige Maßnahme kann konsequenterweise-entgegen dem deutschen Recht - auch die Bestellung eines vorläufigen Beirates oder Beistandes erfolgen²⁾. Die verfahrensrechtlichen Garantien, die bundeseinheitlich für die endgültige Fürsorgemaßnahme gelten, finden auch im Verfahren zur Anordnung einer vorläufigen Maßnahme entsprechende Anwendung³⁾.

Es fallen demnach verfahrensrechtliche Voraussetzungen und Garantien nicht so wie im deutschen Recht auseinander, in dem das vorläufige Verfahren summarischer Natur, aber erst das endgültige Verfahren mit den verfahrensrechtlichen Garantien ausgestattet ist, die als solche erst den Eingriff in die Rechtspersönlichkeit rechtfertigen.

Eine Aussetzungsmöglichkeit, wie sie § 681 ZPO und § 36 EntmO vorsehen, wird im ZGB nicht ausdrücklich normiert. Für einen entsprechend gelagerten Fall besteht jedoch die Möglichkeit, mit der vorläufig angeordneten Maßnahme den endgültig bezweckten Schutz dadurch zu erreichen, daß man die endgültige Entscheidung hinauschiebt⁴⁾.

1) Egger Art. 369 N. 13, 16; Art. 386 N.1.

2) Egger Art. 386 N. 9.

3) vgl. Egger Art. 386 N. 46 ff. (48).

4) Egger, Art. 386 N. 10 vgl. auch o. S. 118 ff. zur v.V.

Wie im deutschen Recht kann das Entmündigungsbegehren wegen mehrerer Entmündigungsgründe gestellt werden¹⁾; im Gegensatz zur deutschen Regelung soll aber die Entmündigung auch aus mehreren Gründen erfolgen können²⁾.

Materiellrechtlich von Bedeutung ist der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Entmündigung bzw. ihrer Aufhebung. Die Entmündigung wird im schweizerischen Recht im Gegensatz zu § 661 DZPO, wonach schon allein die Zustellung des Beschlusses den Eintritt der Entmündigungsfolgen bedingt, erst mit Rechtskraft des Entmündigungsbeschlusses wirksam (Art. 375 ZGB).

Art 375 ZGB verlangt neben Rechtskraft des E-Beschlusses noch dessen Veröffentlichung für den Eintritt der Drittwirksamkeit. Tritt ein unerkannt Urteilsunfähiger im Rechtsverkehr auf, gelingt ihm später der Beweis für das Nichtvorliegen der Urteilsfähigkeit im Zeitpunkt des Abschlusses des streitigen Rechtsgeschäfts, so ist der auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vertrauende Kontrahent nicht geschützt, denn die Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit dienen dem Schutz des Unfähigen selbst und nicht der Drittperson³⁾.

Anders dagegen steht es bei Entmündigten. Die Veröffentlichung der Bevormundung nach Art. 375 (386 III ZGB bezüglich der vorläufigen Maßregel) macht materielles Recht. Ein vor der Veröffentlichung vorgenommenes Rechtsgeschäft ist gültig. Der Vertrauenstatbestand der Veröffentlichung wird sogar so weit gefaßt, daß das Vertrauen auf die unveränderte Rechtslage auch dann geschützt bleibt, wenn die Publikation versehentlich oder auch willentlich unterbleibt⁴⁾. Schließt der Kontrahent in dieser Zeit mit dem Entmündigten ein Rechtsgeschäft, so ist er geschützt, es sei denn, er kannte die E. In diesem Fall ist nur der

1) Egger Art. 369 N. 31.

2) so Egger a.a.O. N. 33; vgl. auch Eißer AcP 146, 238.

3) BGE 55 II 157 f.; vorher schon BGE 43 II 744.

4) Egger Art. 375 N. 5.

Beweis der Bösgläubigkeit zulässig (Art. 3 I ZGB). Die Beweislast trägt dann der Entmündigte (arg. Art. 3 Abs. 1 ZGB). Nach Rechtskraft und Veröffentlichung des Bevormundungsbeschlusses wird der Rechtsverkehr quasi bösgläubig gemacht¹⁾.

Die Aufhebung der Vormundschaft hat durch die Behörde zu erfolgen, sobald ein Grund zur Bevormundung nicht mehr besteht. Antragsberechtigt ist der Betroffene sowie jeder, der ein Interesse daran hat (Art. 433 III ZGB). Die Aufhebungsvoraussetzungen werden je nach Entmündigungsgrund unterschiedlich geregelt. Formelle Aufhebungsvoraussetzung bei Geistesstörung ist ein das Nichtmehr-vorliegen des Entmündigungsgrundes bestätigendes Gutachten (Art. 436 ZGB). Dagegen wird für die Aufhebung der Entmündigung nach Art. 370 ZGB als materielle Verfahrensvoraussetzung gefordert, daß der Bevormundete mindestens seit einem Jahr keinen Anlaß mehr zu Beschwerden gegeben hat (Art. 437 ZGB).

Die Aufhebung wird - ebenso wie im deutschen Recht - erst mit Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses wirksam; Sie muß veröffentlicht werden, wenn die Anordnung der Maßnahme veröffentlicht war. Die Wiedererlangung der Handlungsfähigkeit tritt allerdings unabhängig von dieser Veröffentlichung wieder ein²⁾ (Art. 435 II ZGB).

B. Formelle Regelung

Zuständigkeit

Das schweizerische EVR ist nach kantonalem Recht geordnet. Neben den allgemeinen Rahmenbestimmungen im ZGB finden sich die einschlägigen Regelungen in den kantonalen Ein-

1) BGE 57 II 390.

2) s. hierzu auch Egger Art. 435 N. 8.

führungsgesetzen zum ZGB (EGZGB), den kantonalen Zivilprozeßgesetzen und in besonderen Verordnungen.

Für die örtliche Zuständigkeit gilt - wie im deutschen Recht - das Wohnsitzprinzip (Art. 376 ZGB).

Die sachliche Zuständigkeit regeln die Kantone. Ihnen steht nach Art. 64 Abs. 3 der schweizerischen Bundesverfassung die Kompetenz in der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Zivilprozeßgesetze zu (vgl. auch Art. 373 ZGB).

Das schweizerische EVR ist daher nicht einheitlich. Je nach Kanton verschieden handelt es sich entweder um ein ausführliches Gerichtsverfahren¹⁾ oder um ein summarisches Verfahren einer Verwaltungsbehörde²⁾, oder es finden sich Kombinationen aus beiden Verfahrensformen³⁾.

Als unerläßliche Mindestanforderung an das kantonale Verfahrensrecht stellt das ZGB bundeseinheitliche Verfahrensvorschriften auf, die neben der Anzeigepflicht (Art. 369 II ZGB) Vorschriften über die Anhörung des Interdizenten, über medizinische Gutachten, Veröffentlichung der E (Art. 374, 375 ZGB) und die Weiterziehbarkeit der Beschlüsse/Urteile an das Bundesgericht (Art. 373 II ZGB) enthalten. Im übrigen ist die Ausgestaltung "frei". Dieses führte insbesondere in administrativen EV zu Unsicherheiten, was auf die kantonal nur lückenhaft ausgebildeten Verwaltungsvorschriften zurückzuführen war. Der Grundsatz des r.G. war daher weitgehend unbekannt. Die Geltung dieses Grundsatzes auch in diesen

-
- 1) Basel-Stadt 83 EGZGB; Aargau 61 ff. EGZGB Solothurn 132 EGZGB, Fribourg 101 ff. EGZGB.
 - 2) Zürich 83 EGZGB (d. Bezirksrat auf Antrag der Vormundschaftsbehörde); Bern 31 ff. EGZGB (Regierungsstatthalter). Basel-Land (Reg.-Rat) 42 ff. EGZGB, Neuchâtel 30 EGZGB; St. Gallen 67 EGZGB (Friedensrichter).
 - 3) Gerichtsbehörden treten nur bei einzelnen E-Gründen oder als Rechtsmittelinstanzen in Funktion - Kaufmann Art. 373 N. 40/41; Egger Art. 373 N. 18 ff; eingehend auch Guldner § 560 II, S. 473, N.79.

administrativen EV brachte erst das Kreisschreiben des Bundesgerichts¹⁾ zum Ausdruck. Dieses Schreiben hat keinen Gesetzes-, sondern allenfalls Empfehlungscharakter. Allerdings hat seitdem im Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs die Aufhebung der E-Entscheidung durch das Bundesgericht zur Folge²⁾.

Verfahren im Einzelnen

1. Verfahrensmäßiger Aufbau

Die Einleitung des Verfahrens erfolgt aufgrund obligatorischer Anzeige eines Entmündigungsgrundes bei der zuständigen Behörde durch Beamte oder Vw.-Behörden, auf Antrag der Vormundschaftsbehörde oder anderer Interessenten. Der äußere Aufbau des Verfahrens bis zum Entmündigungsbeschluß/urteil zeigt kantonale Unterschiede, die oft sehr wesentlich voneinander abweichen. Zu unterscheiden sind folgende Verfahrensvariationen:

- 1) Die Vormundschaftsbehörde ermittelt und entscheidet selbst³⁾, über den Widerspruch entscheidet die Aufsichtsbehörde⁴⁾ oder das Bezirksgericht⁵⁾.
- 2) Die Vormundschaftsbehörde entscheidet bei Einwilligung selbst; erfolgt diese nicht, entscheidet die nächsthöhere Behörde⁶⁾; - bzw. sie ermittelt selbst und weist die Sache der Vormundschaftsbehörde zur Entscheidung zurück^{6a)}.

1) vom 18. Mai 1914, abgedruckt bei Kaufmann, Anhang III S. 508/509, auch in BGE 40 II 182.

2) s. N. 6 zu S. 169.

3) Appenzell/Außerrhoden EG 44; Appenzell/Innerrhoden 42 EG; Graubünden 58 EG; Luzern 48,5 EG; St.Gallen 96 III EG; Schaffhausen 53 EG; Unterwalden: Nidwalden 45 EG; Obwalden 56, 61 EG; Uri 43 EG.

4) Appenzell/A. 45 EG; Appenzell/I 50 EG.

5) St.Gallen 98 EG.

6) Glarus 71 EG bzw. 71 II, 74 II EG; Schwyz 66 EG, Thurgau 54 EG.

6a) Thurgau 56 EG.

3) Die ermittelnde Behörde stellt den Antrag auf Entmündigungsentscheidung bei einer übergeordneten Behörde¹⁾.

4) Die Vormundschaftsbehörde stellt den Antrag auf Entmündigungsverfahren bei der übergeordneten Behörde, die ihrerseits ermittelt und anschließend den Antrag auf Entscheidung beim Reg.-Rat stellt²⁾.

5) Die Vormundschaftsbehörde stellt den Antrag beim Amtsgerichtspräsidenten; in einem dem fG-Verfahren ähnlichen Verfahren trifft dieser die Entscheidung³⁾.

6) Es findet ein Prozeßverfahren (kontradiktorisches) statt⁴⁾.

Als Einleitungsformen unterscheiden sich Anzeige⁵⁾ und Antrag. Antragsberechtigt sind grundsätzlich nur Behörden⁶⁾⁷⁾, während im übrigen den Privaten nur ein Anzeigerecht zusteht⁸⁾.

Zu einer Anzeige ist jeder Interessierte berechtigt⁹⁾.

Durch sie wird das Offizialverfahren ohne weiteres eingeleitet. Besondere Nachweise brauchen nicht erbracht

1) Zug 48 EG; Zürich 83 EG.

2) Basel-Land 40-42 EG.

3) Solothurn 137 ff. EG.

4) Aargau 62 EG; Basel-Stadt 83 EG; Genf 26 EG.

5) Anzeige ist Mitteilung, die kein Gesuch um Vornahme einer Amtshandlung enthält, sondern sich in der Bekanntgabe von Tatsachen beschränkt - beachte Guldner, f.G., S. 30.

6) Das Antragsrecht löst nicht einfach das Offizialverfahren aus, sondern es räumt den Berechtigten Parteistellung im Prozeß ein - Manz S. 87, vgl. auch BGE 62 II 268.

7) Ausnahme Art. 433 II ZGB.

8) Aargau 62 EGZGB; Appenzell/I. Art. 47 EGZGB (nächste Angehörige); Basel-Land Art. 40 EGZGB (nur aus dem Wortlaut zu schließen); Basel-Stadt § 83 EGZGB; Glarus 68 II EGZGB; Solothurn § 133 EGZGB; Waadt Art. 427 c.p.c. "selbst.Recht, wenn Behörde nicht handelt".

9) Huber I S. 292.

zu werden¹⁾.

Die Gefahr dieses sehr weit gefaßten Kreises der Anzeigeberechtigten ist evident. Dritte können so einen unbescholtenen Bürger in die unangenehme Lage bringen, Objekt einer E-Untersuchung zu werden. Ein Recht der Vormundschaftsbehörde, entsprechend § 648 ZPO (28 EntmO) ein ärztliches Zeugnis verlangen zu können, fehlt. - Das Bundesgericht²⁾ verlangt daher bei Anzeigen eines E-Falles Geistesstörung zum Schutze des Betroffenen, daß der Anzeigende verpflichtet ist, Tatsachen und Beweismittel zu erbringen, die die Ernsthaftigkeit seiner Behauptungen beweisen.

Ein subjektives Recht auf E gibt es nicht³⁾. Das Bundesgericht schwächte seine ursprüngliche Meinung jedoch insoweit ab, als es einen privatrechtlichen Anspruch der Unterhalts- und Unterstützungsberechtigten auf E des Betroffenen dann bejahte, wenn durch ihn deren Rechte gefährdet wurden⁴⁾. Diese Auffassung widerspricht aber dem ausschließlichen öffentlichen Interesse an der Bevormundung⁵⁾. Es werden durch die Verhaltensweisen des Interdizenten regelmäßig auch Rechte seiner Angehörigen berührt. Ein Recht des Unterhaltsberechtigten auf E des Betroffenen würde aus dem durch die E verfolgten öffentlichen Interesse ein zweifelhaftes Privatrecht machen, durch das die Handlungsfähigkeit des Betroffenen zur Disposition mißgünstiger Verwandter gestellt wird⁶⁾.

1) nur Aargau 62 EG sieht vor, daß bei "glaubhafter Anzeige" Gründe genannt werden müssen.

2) BGE 83 Nr. 40; Manz S. 86 m.w. N., Fußn. 4.

3) BGE 38 II 450; 39 II 690.

4) BGE II 62 270; vgl. auch 133 EG Solothurn, wo das "Begehren" der E einem subj. Recht entsprechend ausschaltet ist.

5) vgl. Egger-Einleitung N.4.

6) Dieses ändert sich auch dann nicht, wenn die einzelnen Verfahrensordnungen durch ein quasikontradiktorisches Verfahren den Anschein erwecken, der Kläger (= Antragsteller i.S. v. 646 ZPO) habe ein Recht auf E. Die Handlungsfähigkeit ist nicht dispositiv.

Das schweizerische ZGB sieht keine Vorschrift vor, in der es einen bundeseinheitlichen Rahmen für die Ermittlungen im EVR gibt; es gilt jedoch - wie in den anderen Rechtsordnungen - der Amtsermittlungsgrundsatz¹⁾, der in vielen kantonalen Einführungsgesetzen gesetzgeberischen Ausdruck gefunden hat²⁾.

Verfahrensrechtliche Schwierigkeiten ergeben sich durch die Trennung von gerichtlichem und administrativem E-Verfahren. Während im gerichtlichen Verfahren Zeugniszwang, Aussage- und Wahrheitspflicht bestehen, die durch Androhung strafrechtlicher Verfolgung erzwungen werden können, bestehen solche Garantien im Administrativverfahren nicht³⁾; dies gilt besonders in den Fällen der Zeugeneinvernahme⁴⁾.

Der Betroffene selbst ist Wahrnehmungsobjekt⁵⁾ des Verfahrens. Als Partei fungiert er nur in dem kontradiktorischen Verfahren⁶⁾. Im Ermittlungsverfahren sind auf ihn die prozessualen Parteirechte insoweit analog anzuwenden, als es um seine Verteidigungsrechte⁷⁾ bzw. um die rechtsgeschäftliche Selbstfähigkeit geht⁸⁾.

1) Kaufmann Art. 373 N. 17 leitet ihn aus dem Wortlaut der Art. 369, 371 ZGB ab; desgl. Egger Art. 373 N.33.

2) vgl. z.B. St. Gallen ZGB 98 II; Basel-Stadt ZPO 188; Zürich ZPO 262.

3) Egger Art. 373 N. 47.

4) Kaufmann Art. 373 N. 28 fordert daher, daß auch die Verw.Beh. Zeugen unter Androhung der Strafe des falschen Zeugnisses sollten bestrafen können, namentlich in den Kantonen ohne jede gerichtl. Verfahren.

5) Egger 374 N.2.

6) a.A. Manz S. 87.

7) so auch Egger Art. 374 N. 1.

8) Hierzu bedarf es der Prozeßfähigkeit, die sich nach der Handlungsfähigkeit (Art. 13) bestimmt. Ist der Interdizent urteilsfähig, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Bei urteilsunfähigen Interdizenten besteht das BG jedoch auf Urteilsfähigkeit, stellt aber hier "äußerst milde Anforderungen", s. im einzelnen Manz S. 89/90.

Anhörung:

Zwingende Entmündigungsvoraussetzung ist die Anhörung bzw. die Begutachtung des Interdizenten gemäß Art. 374 ZGB. Dieser allgemeine, nun auch für die Verwaltungsverfahren geltende Grundsatz zeigt sich besonders in dem o.g. Kreisschreiben des Bundesgerichts. In ihm wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß bei Verletzung der Grundsätze des Art. 374 ZGB eine Aufhebung der Entscheidung erfolgen werde¹⁾.

Die Anhörung gewährleistet das rechtliche Gehör; der Interdizent kann sich so gegen die erhobenen Vorwürfe verteidigen und zu den Beweisen Stellung nehmen.

Begutachtung:

Neben dem rechtlichen Gehör wird eine Begutachtung bei Geistesstörung als zwingende E-Voraussetzung vorgeschrieben. Ihre Verletzung führt dem Gesetzeswortlaut nach die Nichtigkeit der Entscheidung herbei. Diese zwingende Voraussetzung erfordert die persönliche, ggf. auch zwangsweise Begutachtung; Art. 374 ZGB schließt eine Begutachtung nach Lage der Akten aus²⁾. Es muß also begutachtet werden. Stellt sich der Interdizent nicht dieser Untersuchung, muß - nach Kaufmann³⁾ - eine E unterbleiben, wogegen das Bundesgericht⁴⁾ für im Falle seines Ausbleibens die Erforderlichkeit einer Begutachtung verneinte und eine Begutachtung nach dem vorliegenden Material als ausreichend ansah. Daneben fehlen einheitliche oder auch nur kantonale Vorschriften, aus denen

1) nach Egger Art. 374 N. 11 ist E ohne Anhörung ungültig, dagegen macht Kaufmann Art. 374 N. 82, der hier zwar auch eine Nichtigkeit wegen Verletzung des Art. 374 annimmt, ihren Eintritt aber davon abhängig, daß das kantonale Rechtsmittel ergriffen wurde.

2) a.A. Egger Art. 374 N. 30.

3) Art. 374 N. 69.

4) BGE 79 II Nr. 44.

eine Ermächtigung zur zwangsweisen Einweisung in eine Heilanstalt zu Zwecken der Untersuchung abzuleiten wären (vgl. dagegen § 656 ZPO, § 34 EntmO)¹⁾²⁾. So fehlt der schweizerischen Regelung ein gesetzliches Druckmittel, der Weigerung des Betroffenen, sich einer Untersuchung zu unterziehen, zwangsweise entgegenzutreten.

Das schweizerische Recht kennt ein Freiheitsentziehungsrecht nur auf dem Gebiete des kantonal geregelten Irrenrechts, das aber für die fürsorglichen Zwecken dienende E keine Anwendbarkeit findet³⁾.

Instanzen:

Das Verfahren endet durch Beschluß/Urteil. Die Entscheidung der Gerichts- oder Verwaltungsbehörden⁴⁾ kann nur mit den ordentlichen kantonalen Rechtsmitteln⁵⁾ angefochten und mit der Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 373 II ZGB und Art. 44 lit. c. der Bundesgesetze über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG)).

Kosten:

Die Kosten des Verfahrens trägt in allen kantonalen Einführungsgesetzen vorrangig der Entmündigte, nur in Ausnahmefällen ist der Antragsteller, die Behörde oder die Gemeinde Kostentragungspflichtig, was jedoch meistens vom Verschulden abhängig ist⁶⁾. Nur Luzern⁷⁾ bestimmt aus-

1) Manz S. 100/101.

2) Egger Art. 374 N. 31 entnimmt das Recht zur zwangsweisen Internierung der Offizialmaxime, in besonderen Fällen dem kantonalen Irrenrecht; abl.: Kaufmann Art. 374 N. 70/73.

3) vgl. Kaufmann a.a.O.

4) vgl. hierzu Birchmeier Art. 44 OG, Anm. 2, S. 122.

5) siehe erschöpfende Darstellung bei Kaufmann Art. 373 N. 47 S. 101(5), 103(5). Zu den formellen Voraussetzungen Egger Art. 375 N. 70, 72.

6) z.B. Schaffhausen 60 EG (Antragsteller); Schwyz 74 II EG (Behörden und Personen); Solothurn 143 EG; Thurgau 61 EG; Basel-Stadt 45 II EG.

7) § 51 EG.

drücklich eine Kostentragungspflicht der Einwohner der Gemeinde bei Vermögenslosigkeit des Entmündigten.

Der formell rechtskräftige Entmündigungsbeschluß ist zu veröffentlichen (Art. 375 I ZGB). Entgegen der deutschen (§ 687 ZPO) und der österreichischen (§ 61 EntmO) kommt dieser Veröffentlichung eine materielle Bedeutung zu (vgl. Abs. 3), die den Interessen des Rechtsverkehrs-schutzes Rechnung trägt. Gegen die Unterlassung bzw. die Aufschiebung der Veröffentlichung ist Beschwerde zulässig¹⁾, die jeder Interessent erheben kann (vgl. Art. 420 II ZGB). Für Schäden, die durch die Vormundschafts-behörde verschuldet werden, hat diese aufzukommen²⁾, erst subsidiär die Gemeinde oder der Kanton.

Aufhebung:

Für die Aufhebung der Bevormundung gelten die Art. 432 ff. ZGB. Sie regeln insbesondere die formellen bundeseinheitlichen Rahmenvorschriften, die im einzelnen erfüllt werden müssen. Die Ordnung des Aufhebungsverfahrens erfolgt durch die Kantone (Art. 434 I ZGB). Diese erklären größtenteils die Vorschriften über die E für entsprechend anwendbar³⁾. Zürich⁴⁾ vereinfacht das Verfahren durch Entscheid des Bezirksrates. St. Gallen⁵⁾ sieht ebenfalls eine vereinfachte Aufhebung durch die Vormundschaftsbehörde vor. Die Aufhebung wird mit Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses wirksam, sie hat veröffentlicht zu werden, soweit die Veröffentlichung der E erfolgt ist. (Art. 375, 425 ZGB).

1) Kaufmann Art. 375, N. 26.

2) vgl. § 67 EGZGB Aargau.

3) z.B. Luzern § 63 EG; Neuchâtel Art. 35 EG; Basel-Land § 48 EG; Appenzell/A § 48 EG; Appenzell/I § 57 EG; Solothurn § 576 EG; Schwyz § 75 EG.

4) § 89 EGZGB; entgegen der Anordnung der E vgl. § 85 EG.

5) Art. 100 EGZGB.

Ebenso wie nach österreichischem Recht ist im schweizerischen Recht eine Umwandlung möglich (teilweise Aufhebung); es kann statt der Bevormundung Beiratschaft oder Beistandschaft angeordnet werden¹⁾.

II. Frankreich

Im Jahre 1968 unterzog der französische Gesetzgeber das materielle und formelle ER einer grundsätzlichen Reform. Die Vorschriften des materiellen ER (Art. 488 ff. c.c.) und des formellen EVRs (Art. 890 ff. c.p.c.) wurden in wesentlichen Punkten geändert.

Zum Vergleich seien die alte und die neue Regelung aufgeführt und gegenübergestellt, um anhand der Neuregelung festzustellen, welche Schwerpunkte der französische Gesetzgeber in seiner Reform gesetzt und welche Änderungen er im Vergleich zur Altregelung vorgenommen hat.

A. Rechtszustand vor dem 3. Januar 1968 (vor dem loi n° 68-5)

1. Materielle Regelung

Art. 489 c.c. a.F. sah Entmündigung bei einem fortdauernden Zustand von Blödsinn, Wahnsinn oder Raserei zwingend ("doit être interdit") vor; dem Entmündigten wurde ein Vormund bestellt. Ein conseil judiciaire (gerichtlicher Beistand) wurde hingegen dem Verschwender zugeordnet (Art. 513 c.c.). Für Geistesschwäche (faiblesse d'esprit), Trunksucht und Taubstummheit konnten, da nur Geisteskrankheit (l'état d'imbecillité, de démence ou de fureur)

1) Egger Art. 433 N. 89.

eine Entmündigung rechtfertigte, auch hier nur zur Bestellung eines conseil judiciaire führen. Ausnahmsweise konnte bei GSchw E erfolgen, wenn sie so schwerwiegend war, daß ein conseil nicht mehr ausreichte¹⁾.

Der unter Vormundschaft gestellte Entmündigte war geschäftsunfähig, stand aber einem Minderjährigen²⁾ gleich (Art. 509 c.c.). Bevor daher auf die Ausgestaltung des materiellen Betreuungsrechts näher eingegangen wird, muß zum Zwecke der Verdeutlichung der Rechtsstellung des Entmündigten/Verbeistandeten zunächst allgemein auf die Rechtsstellung des Minderjährigen eingegangen werden.

Auch das französische Recht unterscheidet nach dem Kriterium der Urteilsfähigkeit (discernement)³⁾.

Der Code regelt die Geschäftsfähigkeit von Kindern nicht ausdrücklich; nach der überwiegenden Meinung⁴⁾ kommt aber einem Kind unter 7 Jahren⁵⁾ noch kein rechtlich erheblicher Wille zu. Schließt ein urteilsunfähiges Kind ein Rechtsgeschäft, ist dieses nicht ipso iure "inexistante", sondern nur relativ nichtig⁶⁾. Die Nichtigkeit muß gerichtlich geltend gemacht werden (Art. 1125, 1304 c.c.). Hierunter ist nicht, wie die relative Nichtigkeit der §§ 135, 136 BGB, die auf diese konkreten Fälle bezogene Nichtigkeit zu verstehen. Sie geht weiter:

1) Heinsheimer-Wolff Art. 513, Ferid 1 E 1903.

2) Naegele "einem emanzipierten Minderjährigen" RVglWB III/68.

3) Jentsch S. 41.

4) Carbonnier I Nr. 43; Ripert et Boulanger I Nr. 2546 (Lebrun, Minorité-Majorité Nr. 33).

5) Carbonnier Nr. 233.

6) Planiol (Esmein) VI Nr. 174 Mazeaud-Mazeaud I Nr. 268 a.A. Carbonnier a.a.O.

Die "nullité relative" ergibt sich aus der Verletzung einer Rechtsnorm, die den Schutz eines Privatinteresses bezweckt¹⁾, sie berechtigt zur Nichtigkeitsklage ("action en nullité").

Diese Nichtigkeit des c. c. unterscheidet sich von der des BGB dadurch, daß sie nicht ipso iure eintritt, sondern erst aufgrund prozessualer Gestaltungsklage erfolgt (Art. 1304 c. c.). Die Nichtigkeit entspricht daher eher einer aufschiebend bedingten relativen Nichtigkeit²⁾.

Exkurs

Zu unterscheiden sind grundsätzlich die Termini GUFK im deutschen und französischen Recht (*incapacité*). Nach dem BGB bewirkt GUFK des Betroffenen z.Z. der Vornahme eines Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit desselben ipso iure (§ 104 Ziff. 2 BGB). Nach Art. 1123 c. c. ist jede Person geschäftsfähig, vorausgesetzt, das Gesetz erklärt sie nicht ausdrücklich für geschäftsunfähig. Dieses ist nach Art. 1124 c. c. für den Minderjährigen (unter 21 Jahren Art. 488 c. c.) und den Entmündigten geschehen (Art. 1124, 509 c. c.).

Im französischen Recht ist GFK ein rechtsgeschäftliches Unterscheidungskriterium zwischen Minderjährigkeit und Volljährigkeit, also im Sinne von Nicht/voll/-Geschäftsfähigkeit (NGFK).

Die Rechtsgeschäfte beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger und Entmündigter sind relativ nichtig, das bedeutet, daß das Geschäft zwar gültig, aber anfechtbar ist³⁾. Auch diese Anfechtung erfolgt im Wege der "action en nullité", wenn die hierfür erforderliche

1) im Gegensatz zur "nullité absolue", die bei der Verletzung einer Rechtsnorm, die den Schutz des öff. Wohls bezweckt, eintritt, im einzelnen s. Zajtay AcP 157, 487.

2) **Hellner** JR 67, 257.

3) Jentsch S. 45.

Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliegt. Der urteilsfähige Minderjährige kann nahezu alle Rechtsgeschäfte selbst abschließen, soweit sie nicht zu ihrer Wirksamkeit der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bedürfen. Fehlt es an dieser Mitwirkung, so ist das Geschäft anfechtbar. Es reicht dann nicht allein die Berufung auf die Minderjährigkeit aus¹⁾: Entscheidend für die Begründetheit der Klage ist das Vorliegen einer "lésion" (Art. 1305 c. c.), d. h. dem Minderjährigen muß bei der Vornahme ein Schaden erwachsen sein, der sich als ein Ungleichgewicht von vereinbarter Leistung und Gegenleistung darstellt²⁾. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist hier nicht die rechtliche (§ 107 BGB), sondern die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit entscheidend, wobei die persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts Berücksichtigung finden. Bei Abwägung der Interessen muß das wirksame Geschäft für den Minderjährigen zumindest "nützlich" sein.

Entgegen dem deutschen Recht, wonach eine Verpflichtung nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgen kann, ist der Minderjährige nach französischem Recht nicht vollständig unfähig, ohne seinen gesetzlichen Vertreter selbst zu handeln. Er ist nur unfähig, sich durch eigene Rechtshandlungen zu schädigen.

Ebenso wie bei den Minderjährigen waren auch die von einem der "freien" Geisteskranken vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht schlechthin mangelhaft. Der Geisteskranke mußte beweisen, daß er im Zeitpunkt der Vornahme des konkreten Rechtsgeschäfts in einem Zustand gehandelt hatte, der ihn an der Bildung eines rechtsgeschäftlichen Willens hinderte (incapacité de faits). Es fehlte dem Geisteskranken nach klassischer Auffassung dann nicht die

1) Dalloz, Rep. civ. "Obligations"

2) Zajtay a.a.O., S. 491.

capacité, sondern das *consentement* (vgl. Art. 1108 c.c.)¹⁾. Soweit die *capacité* und der dadurch hervorgerufene Mangel eines "*consentement*" eingriffen, war das von einem "freien" Geisteskranken vorgenommene Geschäft theoretisch "*inexistent*"; man nahm jedoch auch hier nur relative Nichtigkeit an²⁾. Der Unterschied zum deutschen Recht bestand darin, daß hier das Geschäft solange zwischen den Parteien als bestehend angesehen wurde, bis das Rechtsgeschäft aufgrund einer "*action en nullité*" für unwirksam erklärt wurde. War der Geschäftspartner des Geisteskranken an seine Erklärung bis zu diesem Zeitpunkt kraft Gesetzes gebunden (Art. 1125 II c.c.), so ist nach BGB das von dem Geisteskranken vorgenommene Rechtsgeschäft *ipso iure* nichtig, so daß niemals Rechtswirkungen und somit auch keine parteiliche Bindung des geschäftsfähigen Gegenkontrahenten gezeitigt wurden.

Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts hing somit auch hier von der Erhebung der Nichtigkeitsklage ab; es war also grundsätzlich eine Gestaltungsklage nötig, um schon eingetretene Rechtsfolgen nachträglich zu beseitigen.

Durch diese *nullité relative* wurde so ein gewisser Schutz des Rechtsverkehrs bewirkt, da GÜFK zum Zeitpunkt der Geschäftsvornahme regelmäßig schwer zu beweisen war. Die in lichten Augenblicken vorgenommenen Rechtsgeschäfte - ebenso wie im deutschen Recht - waren stets wirksam.

Internierte Geisteskranke und Entmündigte wurden im wesentlichen gleichbehandelt. Der in eine Heilanstalt eingewiesene Geisteskranke ("*aliéné interné non inter-dit*") galt als geschäftsunfähig³⁾.

Im Gegensatz zu den "freien" Geisteskranken reichte der Status des Interniertseins bzw. die E aus, alle Geschäfte

1) Ferid 1 E 188.

2) Ferid 1 E 189.

3) Art. 39 Loi du 30 juin 1838 "sur les aliénés".

als "nul de droit" (Art. 502 c.c.) anzusehen. Dieses bedeutete aber auch nur nullité relative¹⁾. "Nul de droit" meinte nur, daß - im Gegensatz zum urteilsfähigen Minderjährigen - die "nullité" nicht von einer "lésion" abhängig war. Die Ausdehnung des Schutzes war gegenüber dem Minderjährigen insofern verstärkt, als dieser das Vorliegen einer "lésion" beweisen mußte: Bei Entmündigten war die Nichtigkeitsklage unabhängig davon begründet.

Interessant war auch Art. 503 c.c. Dieser sah eine Rückwirkung der E vor, wenn die Geisteskrankheit schon vorher "notorisch" war. Rechtsgeschäfte waren dann auch rückwirkend vernichtbar.

Wie im BGB waren die vom Entmündigten in lichten Augenblicken vorgenommenen Rechtsgeschäfte (relativ) nichtig (Art. 409 c.c.). Allerdings wurde dieser Grundsatz nicht konsequent durchgeführt. Das Gesetz ließ in einigen Fällen trotz der E rechtsgeschäftliches Handeln in lichten Augenblicken zu. Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte konnte der Entmündigte selbst abschließen, da solche auch nicht von einem gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden konnten. Darüber hinaus war bei allen Rechtsgeschäften, die in einem lichten Augenblick vorgenommen waren, die Nichtigkeit insoweit abgeschwächt, als diese nur von dem Entmündigten selbst geltend gemacht werden konnte, nicht etwa von seinem gesetzlichen Vertreter²⁾.

Wie bei einem Rechtsgeschäft eines "freien" Geisteskranken blieb der geschäftsfähige Vertragspartner des Entmündigten an das relativ nichtige Rechtsgeschäft gebunden, und zwar bis zur Erhebung der Nichtigkeitsklage.

Der Entmündigte wurde von einem Vormund gesetzlich vertreten (Art. 450 c.c.).

1) Dalloz Rep. dr. civ. "Interdiction".

2) Ferid 1 E 190 d.

Der Mann war kraft Gesetzes der Vormund seiner entmündigten Frau (Art 506 c.c.), aber auch eine Ehefrau konnte (!) zum Vormund ihres entmündigten Mannes bestellt werden (507).

Interessant war Art. 510 c.c., der eine ausdrückliche Bestimmung enthielt, daß mit dem Geld des Entmündigten dessen Schicksal zu mildern und seine Heilung zu beschleunigen sei.

Eine vergleichsweise ausdrückliche (sonst nur aus den allgemein geltenden Vorschriften der Vormundschaft über Minderjährige, auf die konkrete Situation des Betroffenen zugeschnittene Vorschrift ist in den hier interessierenden Rechtsordnungen nicht zu finden.

Der Code sah die Eintragung der E in ein notarielles Register vor, um Dritten Kenntnis von der ergangenen Entscheidung zu geben¹⁾ (Art. 501 c.c.). Es blieb aber bei dieser Form der Kenntnisausgabe und der Möglichkeit der Kenntnisnahme Dritter. Eine materielle Drittwirksamkeit durch die Eintragung der E wurde auch hier nicht erzeugt. Unterblieb die Bekanntmachung, traten die Rechtswirkungen der E auch ein (vgl. Art. 502 c.c.)²⁾.

Der unter Aufsicht eines gerichtlichen Beistandes (conseil judiciaire) Stehende war rechtsgeschäftlich nur auf bestimmten Gebieten, und zwar auf den in Art. 513 c.c. aufgeführten, vermögensrechtlich orientierten Rechtsgeschäften geschäftsunfähig. Diese Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit, die zu einer incapacité speciale³⁾ führte, ist vergleichbar mit der Beiratschaft des schweizerischen ZGB. Sie erstreckte sich überwiegend auf bestimmte vermögensrechtliche Gebiete, die wegen ihres

1) Dalloz a.a.O.

2) Allenfalls wurde ein Schadensersatzanspruch Dritter begründet bzw. eine Ordnungsstrafe angedroht, wenn die Mitteilung nicht rechtzeitig erfolgte (Art. 501 al. 4 c.c.).

3) vgl. hierzu Ferid 1 E 157.

besonderen Umfanges einer besonderen Fremdkontrolle unterstellt werden sollten. Ein von dem Betroffenen vorgenommene Rechtsgeschäft ohne die Mitwirkung seines Beistandes auf diesen Gebieten führte zu einer relativen Nichtigkeit¹⁾: diese konnte auch von dem conseil judiciaire selbst geltend gemacht werden. In der Praxis jedoch beschränkte sich die durch den conseil judiciaire belassene Geschäftsfähigkeit auf die Geschäfte des täglichen Lebens²⁾.

2. Formelle Regelung

Die örtliche Zuständigkeit richtete sich nach dem Wohnsitzprinzip (tribunal de son domicile), nur bei Raserei war ausnahmsweise das Gericht des Aufenthaltsortes (tribunal de sa residence) zuständig³⁾.

Sachlich zuständig war das "tribunal de première instance", ein kollegial besetztes, ein dem deutschen Landgericht vergleichbares Gericht; es wurde im Rahmen der französischen Justizform vom 22. Dezember 1958 durch das "tribunal de grande instance" ersetzt (Art. 492 c. c.)⁴⁾.

Das EV wurde aufgrund einer Klage (poursuite d'interdiction) beim président du tribunal eingeleitet (Art. 890 c.p.c.), die ein Antragsberechtigter gegen (contre) den Interdizenten erhob (vgl. 491 c.c.). Antragsberechtigten waren der Ehegatte und Verwandte, ohne daß dabei die Nähe der Verwandtschaft⁵⁾ eine Rolle spielte (Art. 491).

1) Colin-Capitant Traité I Nr. 1779.

2) Ferid 1 E 190 f.

3) Zachariä § 125, S. 307, Fußn. 9, vgl. auch Herzog S. 498. Dies ist insbes. wegen des o. (S. 45 f.) Gesagten von Interesse.

4) Infolge der Justizreform löste das tribunal de grande instance das tribunal de première instance ab: dies ist erstinstanzlich für alle Angelegenheiten zuständig, die nicht ausdrücklich anderen Gerichten zugewiesen sind. Es gelten die Vorschriften über die Organisation und das Verfahren des tribunal de première instance; Schill S. 184/185; Herzog S. 139 f.; dsgl. Gerster ZJP 78, 226 f.

5) Zachariä § 125, S. 306, 307.

Die Staatsanwaltschaft war nur subsidiär als Antragstellerin zugelassen. Im Falle der "fureur" erst dann, wenn die anderen Antragsberechtigten nicht tätig wurden, bei Blödsinn und Wahnsinn nur dann, wenn keine anderen Antragsberechtigten mehr vorhanden waren.

Die Klage mußte Zeugen und Beweise benennen (Art. 890 c.p.c.).

Das Verfahren erster Instanz ließ sie in zwei Abschnitte unterteilen, ein nicht-streitiges und nicht-öffentliches (Ermittlungs-) Verfahren und ein Streitiges (Urteils-) Verfahren. Der président du tribunal gab der Staatsanwaltschaft (ministère public) Kenntnis von dem E-Antrag und benannte gleichzeitig einen (richterlichen) Berichtserstatter¹⁾ (Art. 891 c.p.c.), der die Ermittlungen über das Vorliegen eines Entmündigungsgrundes führte. Auf dessen Bericht hin und nach Stellung der Anträge durch die Staatsanwaltschaft ordnete das Gericht an, daß sich der Familienrat über den Gesundheitszustand des Interdizenten äußern sollte (Art. 892 c.p.c., 494 c.c.)²⁾ Unterblieb die Befragung, war die Entscheidung ungültig³⁾. Danach wurde der (Beklagte) Interdizent vor dem "chambre de conseil" zugehört. Diese war sachlich eine mit den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (jurisdiction gracieuse, j - non contentieuse) befaßte Kammer des Gerichts erster Instanz⁴⁾ (Art. 496 c.c.). Dem zu Entmündi-

-
- 1) Die Mitwirkung des Berichterstatters ist bindend vorgeschrieben, ebenso auch in der Berufungsverhandlung; Dalloz Anm. Art. 891 c.p.c.
 - 2) Zur Zusammensetzung d. Familienrates Art. 405 (407) c.c., 495 c.c.
 - 3) L'interrogatoire du défendeur est une formalité substantielle, dont omission entraîne la nullité de la procédure (Dalloz Rep. Drciv. Interdiction).
 - 4) Herzog S. 494 "Most proceeding heard in the chambre du conseil are within the competence of the tribunal de grande instance and on appeal, of the cour d'appel, S. 495; Heinsheimer-Wolff Art. 510 S. 81/82; Ferid 1 A 35.

genden waren der Klageantrag und die Entscheidung des Familienrats mitzuteilen (Art. 893 c.p.c.). Die Ermittlungen des Gerichts mußten im Falle der Erfolglosigkeit der Befragung auf den Zeugenbeweis ausgedehnt werden (Art. 893 II c.p.c.). Wenn es die Umstände erforderten, konnte der zu Entmündigende von diesem Teil der Verhandlung ausgeschlossen werden. An seiner Stelle konnte der Beistand des Betroffenen am Verfahren teilnehmen. Das Gericht. Nach der 1. Anhörung (interrogatoire) konnte das Gericht einen "administrateur provisoire", vergleichbar mit einem vorläufigen Vormund, dem Interdizenten bestellen (Art. 487 c.c., 895 c.p.c.). Hier fällt im Vergleich zum deutschen Recht auf, daß das die E beschließende Gericht gleichfalls örtlich und sachlich für die Anordnung einer v.V. zuständig war.

Das Urteil erging in öffentlicher Verhandlung, zu der die Parteien geladen und angehört wurden. St tt der beantragten E konnte das Gericht auch auf Beistandschaft (499 c.c. und 513 c.c.) entscheiden, im übrigen die Klage auf E abweisen.

Gegen das Urteil war Berufung (appel) an den cour d'appel möglich (Art. 500 c.c.); Berufungskläger war der Entmündigte, Beklagter der Antragsteller (Art. 894 c.p.c.)¹⁾

Die E wurde nur mit dem Ausspruch des Urteils erster Instanz wirksam (Art. 502 c.c.). Die Rechtskraft des Urteils brauchte - ebenso wie in § 661 ZPO - nicht abgewartet zu werden. Die E hatte eine gewisse ex-tunc-Wirkung insoweit, als sie nach Art. 503 c.c. schon solche Rechtsgeschäfte ergreifen konnte, bei denen eine Offenkundigkeit des E-Grundes schon vor der erfolgten E selbst vorlag. Diese Vorschrift begründete jedoch keine Rückwirkung der E, sondern berechnete nur zu einer außerordentlichen Nichtigkeitsklage.

1) entspr. galt für die Beistandschaft - 894 II c.p.c.

Die Entmündigung mußte in den Verzeichnissen der Notariate des Bezirks und ein kurzer Auszug aus dem Urteil am Gericht des Geburtsortes nach Erlangung der Rechtskraft bekanntgemacht werden (501 c.c.). Die Unterlassung der Eintragung hinderte die materielle Wirksamkeit¹⁾ der Entmündigung nicht. Die E endete mit dem Wegfall der sie begründenden Umstände (512 c.c.) - es galten für die Aufhebung verfahrensrechtlich die Vorschriften über die E entsprechend (Art. 897 c.p.c.). Für die Bestellung eines conseil judiciaire kamen die Vorschriften des EV entsprechend zur Anwendung (Art. 514²⁾, 490/91 c.c.).

B. Rechtszustand nach Änderung des EVR

1. Materielle Regelung

Die geänderte Fassung der Art. 488 ff. c.c. in der Fassung vom 3. Januar 1968 ("de la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi") weist gegenüber der alten Regelung erhebliche Neuerungen auf. Das Gesetz läßt generell eine Betreuungsmaßnahme zu, wenn Personen, die infolge geistiger oder körperlicher Gebrechen, Verschwendung oder Mißiggang sich gefährden oder ihren familiären Verpflichtungen nicht nachkommen. Die Neufassung unterscheidet zwischen "des majeurs sous la sauvegarde de justice", "les majeurs sous tutelle" und "les majeurs sous curatelle".

a) Les majeurs en tutelle - Art. 492 ff. c.c.

Eine Erwachsenenvormundschaft ist in den Fällen des Art. 490 c.c. möglich (Art. 492 c.c.). Tatbestandsvor-

1) Zachariä § 125, S. 309.

2) Der Beistand wurde bei Verschwendung vom Gericht, nicht vom Familienbeirat ernannt.

aussetzungen hierfür sind, daß der Betroffene infolge Störung der geistigen und körperlichen Fähigkeiten durch Krankheit, Gebrechlichkeit oder Altersschwäche (Art. 490 c.c.) eine dauernde Vertretung in seinen Angelegenheiten braucht (*les actes de la vie civile*).

Neu ist, daß neben der krankhaft bedingten Störung der körperlich/geistigen Funktionen auch deren Wirkung auf die Angelegenheiten des Einzelnen mitberücksichtigt werden müssen, was in der Altfassung noch nicht erforderlich war. Es bleiben nun außerdem die fürsorgebedürftigen Fälle dem Inhalt und dem Umfang nach nicht allein auf Geistesstörung beschränkt.

Der Betroffene ist geschäftsunfähig, seine Rechtshandlungen sind nicht absolut, sondern, ebenso wie im ehemaligen Entmündigungsrecht, nur relativ nichtig¹⁾. Der unter Erwachsenenvormundschaft Stehende wird von seinem Vormund gesetzlich vertreten.

Der Vormund wird von einem durch das Vormundschaftsgericht zu konstituierenden Familienrat (Art. 495, 407 ff. c.c.) bestimmt.

Ein Ehegatte ist kraft Gesetzes Vormund des anderen (Art. 496 c.c.), wenn die eheliche Gemeinschaft noch fortbesteht; er ist zur Übernahme der Vormundschaft verpflichtet.

Außer natürlichen Personen können neuerdings auch juristische Personen zum Vormund bestellt werden (Art. 496 II c.c.). Dem Vormund, dem regelmäßig ein Gegenvormund gegenübersteht (Art. 495, 420 c.c.), steht die Personensorge und Vermögensverwaltung zu (Art. 495, 450 c.c.). Zu Verfügungsgeschäften braucht der Vormund die Zustimmung des Familienrats (Art. 485, 457 c.c.).

Neu ist ein Abstufungsverhältnis des vormundschaftlichen Sorgerechts bei Ehegatten. Je nach Umfang der zu besorgenden Angelegenheiten bestimmt sich der Umfang seiner

1) Ferid 1 E 190 p.

Vertretungsbefugnis.

Reichen zur Vertretung des schutzbedürftigen Ehegatten Beschränkungen aus, die sich schon aus anderen gesetzlichen Vorschriften, z.B. dem Güterstand des régime matrimonial primaire (Art. 217, 219) oder der gesetzlichen Gütergemeinschaft (Art. 1426, 1429) ergeben, werden diese statt Vormundschaft (Art. 438) angeordnet.

Bei einem Schutzerfordernis, das sich hauptsächlich auf Vermögensverwaltung beschränkt, kann die gesetzliche Verwaltung des Vermögens durch nahe, geeignete Verwandte unter Kontrolle eines conseil judiciaire gerichtlich angeordnet werden (Art. 497, 389-6).

Ist dagegen kein Vermögen vorhanden, ist aber für die persönlichen Sorgen ein Schutz notwendig, wird eine "gerance de tutelle" angeordnet (Art. 500 c.c.), deren Aufgabe in der Verwaltung des Einkommens und der Deckung des Lebensunterhalts liegt.

Ändert sich der Zustand des Betroffenen zu seinem Nachteil, so kann dann volle Vormundschaft angeordnet werden (Art. 500 II c.c.).

Eine wesentliche Neuerung stellt weiterhin Art. 501 c.c. dar. Der Vormundschaftsrichter kann dem Betroffenen einzelne Rechtsgeschäfte zuweisen, die dieser in eigener Regie oder unter Mitwirkung des Vormundes vornehmen kann. Diese nach den richterlichen Ermittlungen dem konkreten Sachverhalt angepaßte Rechtsfolge ist als Entmündigungsfolge in den hier interessierenden Rechtsordnungen neu. Der Code fördert hierdurch die richterliche Gestaltungsfreiheit, die materielle Rechtslage nach dem Ergebnis der gesamten Sachverhaltserforschung zu bilden. Bezüglich der lichten Augenblicke hat auch die Neuregelung nichts geändert.¹⁾

1) im einzelnen Ferid 4 C 137 ff.

b) Des majeurs en curatelle - Art. 508 ff. c.c.

Die Fälle, die der curatelle des majeurs zugewiesen sind, ergeben sich aus den Vorschriften der Art. 508 (490) und 508 - 1 (488 al. 3). Der Erwachsenenpflegschaft unterstehen neben den geistigen und körperlichen Gebrechlichen auch Trunksüchtige, Verschwender und Mißiggänger. Letztere nur, wenn sie sich der Gefahr des Notstands aussetzen oder der Erfüllung ihrer familiären Verpflichtungen nicht nachkommen. Bei geistig/körperlich Gebrechlichen kommt eine curatelle in Frage, wenn diese zwar grundsätzlich imstande sind, selbst zu handeln, aber Rat oder Kontrolle in den täglichen Geschäften benötigen.

Im Vergleich zur curatelle der alten Fassung zeigte sich eine Erweiterung der Gründe, die zu einer besonderen Schutzmaßnahme berechtigen. Es müssen außerdem die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandsmoments vorliegen, der Betroffene also seine Angelegenheiten nur noch mit fremder Hilfe erledigen können. Auffallend ist, daß sich sowohl tutelle als auch curatelle des majeurs in ihren Voraussetzungen nach einer einzigen Vorschrift, nämlich nach Art. 490, ausrichten.

Rechtsgeschäftlich bewirkt die curatelle eine demi-capacité: Der Betroffene bedarf regelmäßig der Mitwirkung des Pflegers bei Verfügungsgeschäften (Art. 511).

Der Vormundschaftsrichter kann aber den Umfang der GFK einschränken, so daß sich die Stellung des Pflegers wesentlich der eines Vormundes annähert¹⁾.

Auch hier ist ein dem Einzelfall angepaßtes richterliches Gestaltungsermessen festzustellen. - Der Richter bestimmt den Inhalt und Umfang des notwendigen Eingriffs. Bezüglich der Anordnung einer "curatelle" finden die

1) Ferid 4 C 579.

Vorschriften über die Anordnung einer "tutelle" entsprechende Anwendung.

Hervorzuheben ist noch eine dem Art. 371 ZGB ähnliche Vorschrift, und zwar Art. 29 code pénal. Danach untersteht der zu einer vergeltenden oder entehrenden Strafe Verurteilte einer "interdiction legale". Diese ist - im Gegensatz zu Art. 371 ZGB, wo die E die Folge der Verurteilung ist - "peine accessoire obligé"¹⁾ zwingende Nebenstrafe. Der Verurteilte bleibt im Gegensatz zu Entmündigten testier- und heiratsfähig, ohne hierzu jeweils der Zustimmung eines Vormundes zu bedürfen.

c) Des majeurs sous le sauvegarde de justice -
Art. 493 ff. c.c.

Eine weitere Neuerung ist die "sauvegarde de justice". Sie ermöglicht es, Geschäfte, die dem Betroffenen wirtschaftlich unvorteilhaft sind oder seinen Verhältnissen widersprechen, rückgängig zu machen (Art. 491 - 2 Abs. 2 c.c.). Der Bezug auf Art. 490 c.c. beschränkt die Fälle der sauvegarde auf körperliche und geistige Gebrechen, die schon den Schutz des Betroffenen erforderlich machen, die ihrem Schutzbedürfnis nach aber noch keiner Pflegschaft oder Vormundschaft bedürfen. Die Geschäftsfähigkeit bleibt durch die sauvegarde unberührt (Art. 491 - 2 Abs. 2 c.c.).

Eine Veröffentlichung der "sauvegarde de justice" sieht das Gesetz nicht in dem Maße vor, wie bei "tutelle" und "curatelle". Da die gerichtliche Schutzbetreuung die Geschäftsfähigkeit nicht einschränkt, sind die Interessen Dritter insofern nicht in gleichem Maße schutzwürdig wie bei tutelle und curatelle. Allerdings wird ein spezielles Register geführt, aus dem in besonderen Fällen Auszüge erteilt werden können (Art. 895 - 1 c.p.c.).

1) Helie § 2 Nr. 51.

2. Formelle Regelung des EVR nach dem Décret n° 68 du 2 octobre 1968

Örtlich zuständig ist nach wie vor das Gericht des Wohnsitzes.

Sachlich zuständig ist nicht mehr das große Instanzgericht, sondern der Vormundschaftsrichter beim "tribunal d'instance"¹⁾²⁾. Das Verfahren läuft in einer nicht-öffentlichen Verhandlung ab (Art. 893, 883 c.p.c.).

Die E setzt üblicherweise einen Antrag voraus, der von den gesetzlich vorgesehenen Antragstellern gestellt werden kann. Neu ist, daß der Betroffene selbst den Antrag auf Schutzanordnung stellen kann (Art. 493 c.c.). Es fällt auf, daß der Verwandtenbegriff der Altfassung in Art. 493 I c.c. eine Begrenzung gefunden hat: Ein Antragsrecht haben nur noch "le conjoint, ses ascendants, et descendants, ses frères et sœurs." Daneben sind noch die Staatsanwaltschaft (insbesondere im Falle des Art. 896-1) und der Vormund antragsberechtigt.

Die Neufassung kennt daneben aber auch noch eine Einleitung des Verfahrens von Amts wegen (890 II c.p.c., 493 c.c.). Dies gilt insbesondere in den Fällen des Art. 493 II c.c., in denen das Gericht aufgrund einer Anregung von anderen Verwandten, Verschwägerten und Freunden oder von Seiten des behandelnden Arztes³⁾ bzw. des Anstaltsleiters einer Heilanstalt die Notwendigkeit einer Schutzbetreuung für erforderlich erachtet.

Jedem Privatantrag muß ein fachärztliches Gutachten beigefügt werden (890 al. 2 c.p.c., 493 - 1 c.c.). Die zur Erstellung des Gutachtens in Frage kommenden Fachärzte

1) Dalloz Rep. civ. "tutelle".

2) im einzelnen Herzog S. 297 ff., 368; Schill S. 183 f.

3) vgl. Art. 378 I c. pénal (ärztliche Schweigepflicht, deren Strafbarkeit nur bei gesetzlicher Verpflichtung oder Ermächtigung wie hier entfallen).

werden in einer Liste bei der Staatsanwaltschaft geführt (890 - 1 c.p.c.). Verglichen mit § 649 ZPO kann ein solches Gutachten nicht nur die Vermutung des Vorliegens einer geistigen Erkrankung verstärken, sondern erbringt wegen der Qualifikation der untersuchenden Ärzte vollen Beweis hierfür. In den Fällen amtswegiger Einleitung muß ein Gutachten von Amts wegen eingeholt werden (Art. 890 al. 2. c.p.c., 493 - 1 c.c.).

Vor der Bestellung eines conseil, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen erfolgen kann (Art. 891 - 2 c.p.c.), wird eine Anhörung des Betroffenen vorgenommen (Art. 891 c.p.c.). Die Ermittlung des Sachverhalts erfolgt von Amts wegen, sie liegt ausschließlich bei dem entscheidenden Richter, entgegen der früheren Regelung, nach der zunächst nur ein beauftragter Richter ermittelte und Bericht erstattete. Die Stellung des Familienrates ist nach der Neuregelung erheblich eingeschränkt. Seine Anhörung ist nicht mehr formelle Entmündigungsvoraussetzung, sondern seine Konstituierung und Anhörung in das Ermessen des Richters gestellt (892 c.p.c., 497 ff. c.c.). Wird er zusammengerufen, bindet seine Entscheidung (Gutachten) - entgegen Art. 892 c.p.c. a.F. - den Richter nicht mehr ("ne lie pas le juge").

Vor der die endgültige Entscheidung aussprechenden Verhandlung sind die Akten der STA zur Begutachtung und 14 Tage vor diesem Termin den Beteiligten zur Einsicht vorzulegen (Art. 892 - 1). In der Verhandlung selbst sind die im Antrag bezeichneten Personen einzeln zu hören, evtl. auch der Antragsteller und der Schutzbedürftige selbst (Art. 892 - 2 c.p.c.).

Die Entscheidung (Urteil - Art. 892 - 3) wird mit ihrem Ausspruch wirksam (vgl. Art. 502 c.c.). Sie ist zu begründen (Art. 893, 882 - 1 c.p.c.). Gutgläubigen Dritten gegenüber ist sie aber nur dann wirksam, wenn sie 2 Monate vor dem entsprechenden Rechtsgeschäft im Geburtenregister

als "répertoire civil"¹⁾ (Art. 906 - 2 c.p.c.) eingetragen war (892 - 9 c.p.c., 493 - 2 c.c.), die Veröffentlichung der Entscheidung erhält so entgegen der Vorfassung bedingt materielle Drittwirkungen.

Gegen die Entscheidung ist innerhalb von 14 Tagen Beschwerde (recours) an das "tribunal de grande instance" möglich (Art. 892 - 4 ff. c.p.c.).

Für die Aufhebung der tutelle und curatelle des majeurs gelten die verfahrensrechtlichen Vorschriften über deren Bestellung entsprechend (507, 509 Abs. 1 c.c.).

Eine eigene verfahrensrechtliche Ausgestaltung findet sich bezüglich der "sauvegarde de justice". Sie ist die mildeste Form des staatlichen Schutzes ohne Beschränkung der GFK und bedarf dementsprechend nicht der verfahrensrechtlichen Sicherungen, die ein Eingriff in die Handlungsfähigkeit erfordert.

Die Bestellung einer gerichtlichen Schutzbetreuung erfolgt aufgrund einer obligatorischen Mitteilung der in Art. 326 - 1 Code de la santé publique²⁾ bezeichneten Ärzte an die Staatsanwaltschaft (Art. 895 c.p.c., 491 - 1 c.c.); das entsprechende gilt für nichtinternierte geistig Gestörte, wobei hier die Mitteilung im Ermessen des Arztes liegt. Mit dieser Mitteilung erlangt die Maßnahme automatisch Wirksamkeit (Art. 326-1 Abs. 1). Eine Veröffentlichung entsprechend Art. 493-2 findet nicht statt - die Maßnahme wird in ein spezielles Register

1) Décret n° 68 - 856 du 2 octobre 1968.

2) Art. 326-1 : Le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 490 du code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au procureur de la République. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous la sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un médecin spécialiste.

eingetragen (Art. 895-1 c.p.c.), aus dem nur in bestimmten Fällen (Art. 10 des Gesetzes v. 3. Januar 1968) Auszüge entnommen werden können¹⁾.

Die französische Neuregelung zeigt gegenüber der Auffassung des französischen EVR in entscheidenden Punkten wesentliche Neuerungen: Durch die Zuordnung des Verfahrens in den Aufgabenbereich des Vormundschaftsrichters erleichtern sich Schutzmaßnahme und Kontrolle der Führung der Vormundschaft.

Das Verfahren ist durch die bei dem Richter ausschließlich liegende Amtsermittlungsbefugnis ohne Bindung an Anträge oder Gutachten (des Familienrats) flexibler geworden. Das gleiche zeigt sich gerade bei der auch von Amts wegen einzuleitenden Schutzmaßnahme und dem Antragsrecht der behandelnden Ärzte.

1) Art 10, 1: Les personnes qui auraient qualité selon l'article 493 du code civil, pour demander l'ouverture d'une tutelle;

Art. 10, 2: Sur demande motivée, les avocats, avoués, notaires et huissiers, justifiant de l'utilisation de la communication pour un acte de leurs fonctions.

3. Hauptteil

Vorschläge für eine Neugestaltung

8. Kapitel

Materielle Neugestaltungsvorschläge

I. Beibehaltung der geltenden M-Gründe

Das Gesetz unterscheidet die krankhaft bedingten Entmündigungsgründe von denen des sozial als unwert qualifizierten Verhaltens. Zu den ersteren zählen GK, GSchw, ebenso die T, diese enthält aber auch Elemente, die dem zweiten Fall entsprechen, zu dem die Verschwendung gehört.

In den ersten Fällen ergibt sich das Schutzbedürfnis aus den außerhalb der Willensbestimmung liegenden Ursachen: die krankhaft bedingten Umstände schließen ein eigenbestimmtes Handeln aus.

Anders liegt der Fall bei der Verschwendung. Hier ist es nicht die krankhaft bedingte, sondern die sozial disqualifizierte Verhaltensweise, die zu einem Schutzeingriff berechtigt.

In der Breeck und Wuttke¹⁾ haben nachgewiesen, daß es eine eigene Pathologie der V nicht gibt, sondern daß sie nur als Begleiterscheinung von Geistesstörungen oder der T

1) NJW 1969, 2263.

auftritt. Aus diesem Grunde halten sie einen eigenständigen Entmündigungsgrund Verschwendung für entbehrlich. Für diese Auffassung spricht auch die nur geringe statistische Häufigkeit ihres Erscheinens als Bevormundungstatbestand¹⁾.

Würde In der Beeks und Wuttkes Ansicht zutreffen, dürfte die E wegen V auch statistisch überhaupt nicht mehr erscheinen, sondern müßte in der E wegen GK aufgehen.

Die beiden genannten Verfasser gehen von der Pathologie der V aus, nicht aber von den juristischen Erfordernissen, rechtzeitig mit einem wirksamen Schutzeingriff den Betroffenen oder seine Familie vor dem wirtschaftlichen Ruin zu bewahren. Gerade die Sozialbeziehung der Angelegenheiten ist für den Schutzeingriff bestimmend, wie es sich schon bei den anderen Entmündigungsgründen²⁾

gezeigt hat, die medizinische Qualifikation ist auch hier nur sekundär. Entscheidend ist die Wirkung (in der Außenbeziehung), weniger die Ursache des Verhaltens. Infolgedessen werden solche Fälle, in denen weder die pathologischen Voraussetzungen einer Geistesstörung noch einer Trunksucht vorliegen, nicht erfaßt. Zum Beispiel erfüllt Spielleidenschaft nicht unbedingt die Voraussetzungen einer GK, ebensowenig liegen deren Voraussetzungen vor, wenn sich eine wenig selbstbewußte Person von Kollegen durch wiederholtes "Rundengeben" ausnehmen läßt und hierdurch die eigene Familie gefährdet; diese Fälle bleiben naturgemäß von der Psychiatrie unberücksichtigt, obwohl betreuungsmäßig gerade ein Mißverhältnis zwischen eigenen Angelegenheiten und der Sozialbeziehung der Angelegenheiten vorliegt³⁾.

1) s.o. S. 28, Statistik Nr. 1.

2) s. o. S. 93 ff.

3) vgl. z.B. Hedemann § 46 des Entwurfs zum VGB, der schon Vergeudung als Vorstadium der Verschwendung als entmündigungsbegründend ansah.

Eine Streichung des E-Grundes V würde in den Fällen, in denen bereits eine Gefährdung eingetreten ist, die Voraussetzungen anderer E-Gründe, insbesondere der Geistesstörung, jedoch noch nicht vorliegen, eine Schutzlücke entstehen lassen. Wegen fehlender gesetzlicher Voraussetzungen würde so trotz Vorliegens eines Schutzerfordernisses, eine Betreuung dann erst in einem fortgeschrittenen Stadium, einer Gefährdung oder sogar einer Schädigung, ermöglicht werden können.

Die V unterscheidet sich von den anderen Entmündigungsgründen insbesondere darin, daß ihr Schutzerfordernis in der Regel nur auf die Vermögenssorge beschränkbar bleibt, während sich in den anderen Fällen durch den krankhaft bedingten Zustand das Schutzbedürfnis vorrangig auf die Personensorge erstreckt. Bei V reicht daher eine Beschränkung des Schutzeingriffs auf Vermögensangelegenheiten aus; denn nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Existenzgrundlage der Familie erhalten bleiben.

Ein derartig umfassender Eingriff, wie ihn das Gesetz auch bei E wegen V zuläßt, ist daher nur in den wenigsten Ausnahmefällen erforderlich, in der Regel nur dann, wenn wirklich auch schon die Voraussetzungen einer E wegen GSt vorliegen.

Zusammenfassung:

Die Gründe, die ein Schutzbedürfnis aufgrund ihrer krankhaft bedingten Ursachen erfordern (GK, Gschw, T), sind ebenso wie die V als fürsorgebegründende Tatbestände beizubehalten; bei letzterem soll sich der Eingriff jedoch nur dann auch auf die Personensorge des Betroffenen erstrecken, wenn diese zur Abwendung einer weiteren Gefährdung unbedingt notwendig ist.

II. Geisteskrankheit und ihre Rechtsfolgen

A. Begriffliche Neugestaltung

Die Neugestaltung des materiellen Entmündigungsrechts hat sich im Hinblick auf die ausländischen Regelungen mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Trennung von GK und GSchw, wie sie das deutsche BGB vorsieht, aufrechterhalten bleiben soll:

Reichel¹⁾ vertrat schon auf dem 34. Deutschen Juristentag (1926) nicht ganz zu Unrecht die Ansicht, der Entmündigungsgrund GSchw habe "im Entmündigungsrecht Unheil gestiftet", während man mit der Geistesstörung bisher gut ausgekommen sei.

Wie schon gezeigt wurde²⁾, sind die Begriffe GK und GSchw, die dem E-Recht zugrunde liegen, keine ausschließlich medizinischen, sondern von der Rechtsfolge her bestimmte und bestimmbare juristische Begriffe³⁾.

Vielen Autoren⁴⁾ liegt es am Herzen, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 6 I Ziff. 1 BGB entweder auf eine mehr medizinisch fundierte Basis zu bringen, oder den "diskriminierenden" Charakter der Substantive GK und GSchw durch andere, weniger diskreditierende zu ersetzen.

So begrüßenswert eine sprachliche Neufassung des § 6 Ziff. 1 BGB auch immer sein mag, am eigentlichen Problem des gesamten materiellen ERs ändert selbst eine noch so dezidierte, medizinisch und juristisch eindeutige Begriffsbestimmung von GK und GSchw - und eine solche ist

1) Bd. I S. 169.
a.a.O., Fußn. 36.

2) s.o. S. 93 ff.

3) s.o. S. 94.

4) Arnold, FamRZ 1971, 289; Bumke ZAKDR 1935, 164;
Reichel 34. DJT. I, 169 .

nicht möglich - nichts. Solange nämlich nur die Begriffe geändert werden, wird es weiterhin Grenzziehungsprobleme auf der Rechtsfolgeseite geben: wann eine E wegen GK und wann eine E wegen GSchw zu erfolgen hat, oder anders ausgedrückt: wann ein Mensch für "mundtot" erklärt wird und wann ihm noch Möglichkeiten eigenständigen Handelns zugebilligt werden können. Deshalb ist das Problem von der Rechtsfolgeseite her zu lösen, und zwar so, daß es sowohl bei E wegen GK und GSchw nur noch eine Rechtsfolge gibt. Wie nachgewiesen wurde¹⁾, sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, einen entmündigten Geisteskranken einem Kinde unter 7 Jahren gleichzustellen. Ist es der Zweck der E, die Voraussetzungen der Vormundschaft wiederherzustellen, die bei Eintritt in die Volljährigkeit wegfielen²⁾, so werden diese Voraussetzungen schon durch eine Gleichstellung des Entmündigten mit einem Nicht-Vollgeschäftsfähigen erfüllt. Hierfür reicht die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit völlig aus.

Das Bestimmungsrecht des Vormundes (Zustimmung) in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten ermöglicht es zudem für sich allein, ausreichenden und umfassenden Schutz des Betroffenen zu garantieren. Die von einem beschränkt Geschäftsfähigen abgegebene WE ist ohnehin nur schwebend unwirksam: erst durch Genehmigung können Rechtswirkungen bei verpflichtenden Geschäften erfolgen; für eigentlich wichtige Geschäfte gelten ohnehin die Vorschriften der §§ 1902, 1821 ff. BGB (Genehmigungserfordernis durch Vormundschaftsgericht).

Gerade unter diesem Gesichtspunkt ist auf den Zweck der E abzustellen, der allein in der Wiederherstellung der Voraussetzungen der Vormundschaft besteht, die durch

1) s.o. S. 99 f.

2) s.o. S. 101 N.1.

Eintritt in die Volljährigkeit wegfielen. Diese Voraussetzungen werden durch Gleichstellung mit einem Nicht-Vollgeschäftsfähigen herbeigeführt. Hierfür würde aber die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ausreichen. Ein totaler Entzug der Geschäftsfähigkeit widerspricht also diesem Zweck der E und ist daher ein unverhältnismäßiges Mittel zur Erreichung dieses Zweckes.

Aus diesem Grund ist als Entmündigungsgrad de lege ferenda nur die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bei allen Entmündigungsgründen vorzuschlagen.

Dieser Vorschlag de lege ferenda bewirkt:

1. rechtlich vorteilhafte Geschäfte sind grundsätzlich wirksam;
2. eine Ausdehnung des Genehmigungsrechts des Vormundes. Hierdurch wird es möglich, de lege ferenda rechtlich nachteilige, doch aber wirtschaftlich insgesamt vorteilhafte Geschäfte durch Genehmigung des Vertrages zum Vermögen des Betroffenen zu ziehen. Hierdurch bleiben auch die wirtschaftlichen Interessen des Betroffenen gewahrt.

B. Neugestaltung der Rechtsfolge

Das Gesagte kann begrifflich nur für Rechtsgeschäfte gelten, die nach E bzw. nach Bestellung eines vorläufigen Vormundes vorgenommen wurden.

Auf Rechtsgeschäfte, die vor einer die GFK beschränken- den Maßnahme in einem Zustand des § 104 Ziff. 2 BGB vorgenommen wurden, aber "faktisch" Rechtswirkungen schon gezeitigt haben und noch zeitigen, ist, soweit es sich um nicht vollständig abgewickelte Geschäfte handelt, der Rechtsgedanke des § 17 KO entsprechend anzuwenden.

Soweit die Rechtsgeschäfte (Verträge) schon gänzlich abgewickelt sind, hat der Vormund dem Gegenkontrahenten gegenüber die Erklärung abzugeben, ob er den Vertrag als erfüllt ansieht oder gemäß 812 BGB (§§ 104 Ziff. 2, 142) aus ungerechtfertigter Bereicherung vorgehen will. Ersteres ist deshalb von besonderem Interesse, weil die Leistung eines Geschäftsunfähigen oder die Leistung an einen Geschäftsunfähigen nach einbelliger Ansicht¹⁾ keine Erfüllung gemäß § 362 BGB herbeiführen kann. In solchen Fällen muß dem Vormund ein Wahlrecht gegeben werden, Geschäfte, die rechtlich, wirtschaftlich oder tatsächlich von Vorteil sein können, dem Betroffenen zugute kommen zu lassen und damit gleichzeitig auch den Kontrahenten an den Vertragsinhalt zu binden. Mit anderen Worten: durch Ausübung des Wahlrechts wird also ein bis dahin rechtlich unwirksames, aber "faktisch" vollzogenes oder in Vollzug befindliches Rechtsgeschäft rechtlich verbindlich zugunsten oder zuungunsten des Vertragsgegners.

Hierdurch wird keiner der Beteiligten benachteiligt. Im Gegenteil: der heute nach § 104 Ziff. 2 nichtige Vertrag, der mit seinem Vollzug eine faktische Bindung und hierdurch einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, wird hierdurch der Gefahr, auch zu Lasten des GUF für nichtig erklärt zu werden, entzogen. Entscheidet sich der Vormund gegen einen Vertrag, macht er von dem ihm dann zustehenden Recht der Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages aus § 104 Ziff. 2 Gebrauch, andernfalls muß er die Verträge erfüllen (vgl. § 17 KO analog). Der Kontrahent hat mit Eintritt der Nicht-Vollgeschäftsfähigkeit einen Anspruch auf Erklärung, ob der Vormund den Vertrag ablehnen oder erfüllen will (analog §§ 108 II BGB, 17 II KO).

1) Enneccerus-Nipperdey § 151 II 1 a.
 Enneccerus-Lehmann § 60 I 1,3. Lehmann-Hübner § 28
 A III 2 a; Flume § 13, 7b. Larenz, Schuldrecht I § 26
 m.w.N.

Zwei wesentliche Vorteile bieten diese Vorschläge: zum einen gewinnt der Vormund so eine wirksamere Kontrolle über die rechtsgeschäftliche Situation des Betroffenen vor der E, er hat somit die Möglichkeit, vormundschaftliche und rechtsgeschäftliche Maßnahmen selbst zu treffen, wodurch dem Wesen der Vormundschaft am ehesten Rechnung getragen wird, zum anderen wird durch Ausübung des WahlR gegenüber dem Vertragsgegner dem Rechtsverkehrsschutz in erweitertem Maße Rechnung getragen¹⁾.

Vom rechtsgeschäftlichen Bestimmungsrecht des Vormundes bleibt das vormundschaftliche Bestimmungsrecht unberührt.

Nach § 1901 BGB sind die personensorgerechtlichen Maßnahmen nach dem Erfordernis der Vormundschaft auszurichten. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit als alleinige E-Rechtsfolge d. l. f. hindert auch bei GK nicht, tiefergehende Eingriffe in die Rechte des Betroffenen zu ermöglichen. Bei einer erforderlichen Unterbringung in eine Heilanstalt steht der Vormund ebenso wie d. l.l. unter der besonderen Kontrolle des Vormundschaftsgerichtes, das allein die Einweisung und hiermit den schwersten Eingriff in die Rechtspersönlichkeit (Freiheit) verfügen (§ 1800 II BGB) kann. Es werden so die rechtsgeschäftlichen und personensorgerechtlichen

1) Zwar braucht der Dritte nicht zu warten, bis ein Vormund bestellt wird, um zu erfahren, ob er vertraglich gebunden ist. Allerdings wird der Dritte zweckmäßigerweise bis zu diesem Zeitpunkt, bis die Vormundbestellung erfolgt ist, ausharren. Denn nach Zustellung des E-Beschlusses bis zum Ablauf der Anfechtungsklagefrist ist die E nur schwebend wirksam. In dieser Zeit kann eine bindende Erklärung nur durch den Vormund erfolgen (vgl. § 115 I 2 BGB). In dieser Schwebezeit bleibt der Dritte jedoch gebunden, wenn ihm nicht ein Vormund in dieser Zeit, dann aber für alle Zeit verbindlich, die rechtsgeschäftliche "Entpflichtungserklärung" abgegeben hat.

Schutzinteressen des Betroffenen auch d. l. f. im ganzen garantiert, ohne daß eine volle E erfolgen muß.

III. Suchterkrankungen

Das Ansteigen des Rauschdrogenmißbrauchs in jüngerer Zeit sowie die wenigen an die Öffentlichkeit gelangenden Fälle des Tablettenmißbrauchs zwingen dazu, geeignete gesetzliche Formen zu schaffen, die einen Schutzeingriff ermöglichen.

Wiederholt wurde von seiten der Psychiatrie¹⁾ und der Rechtslehre²⁾ ein eigenständiger E-Grund "Rauschmittelsucht" gefordert, um einem bestehenden Fürsorgebedürfnis abzuhelpfen und rechtsstaatlich bedenkliche Analogieversuche durch eine eindeutige gesetzliche Regelung de lege ferenda auszuschließen³⁾.

Gerade in Fällen der Suchterkrankung zeigt sich in verstärktem Maße eine Betreuungsnotwendigkeit.

Die Frage, ob es sich bei der Rauschdrogensucht bzw. Tablettenmißbrauch um eine Geisteskrankheit oder eine ihr nahekommende psychische Veränderung handelt, oder ob sie Vorstufe zu dieser ist⁴⁾, ist hier nicht zu entscheiden. Sie ist nicht Vorstufe einer Geisteskrankheit, sondern eine eigenständige, medizinisch wie juristisch nicht mehr in Ursache und Wirkung zerlegbare Erscheinungsform menschlicher Betreuungsnotwendigkeit.

1) Langelüddeke S. 225; Ehrhardt in Ponsold S. 118; s. auch Bumke S. 197.

2) Arnold FamRZ 71, 290; v. Aufseß ZJP 58, 126; Fraeb JW 1934, 2755, Hellwig § 248; Hartmann S. 111.

3) im einzelnen s. o. S. 112.

4) vgl. Bumke S. 197.

Um die Voraussetzungen einer Fremdkontrolle zu schaffen, ist die Wiederherstellung der Bevormundungsvoraussetzungen durch E auch in diesen Fällen eine rechtspolitische Notwendigkeit. Das Privatrecht kann sich hier nicht der Aufgabe entziehen, schon vor Eingriff aufgrund öffentlicher Freiheitsentziehungsgesetze seine Möglichkeiten eines regelmäßig zeitigeren, oft wirksameren privatrechtlichen Schutzeingriffs zu nutzen. Dieses ist gerade heute von besonderer Aktualität. Die durch Änderung des Grundgesetzes (Art. 38 GG) bedingte Herabsetzung des aktiven Wahlalters von 21 auf 18 Jahre ausgelöste Diskussion über eine Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf 18 Jahre¹⁾ berührt mittelbar auch das E-Recht.

Wird die Volljährigkeitsgrenze auf 18 Jahre herabgesetzt, so wird nicht nur die Zahl der Betreuungsbedürftigen größer. Dies gilt im Falle des Rauschdrogenmißbrauchs in ganz entscheidendem Maße: nach statistischen Angaben²⁾ liegt die Zahl der Drogenabhängigen im Alter zwischen 18 und 21 Jahren im Vergleich zu anderen Altersgruppen wesentlich höher.

Will man die mit Änderung des Volljährigkeitsalters Wirklichkeit werdende Entwicklung gerade auf diesem Sektor unter Kontrolle halten, will man den Schwierigkeiten, die sich bei einer Betreuung Süchtiger d. l. l. ergeben, rechtzeitig entgegentreten, so müssen hierfür beizeiten die entsprechenden Voraussetzungen geschaffen werden.³⁾ Als ein wirksames Mittel zur Erreichung dieses Zweckes kann sich die E bei RS erweisen.

De lege ferenda ist für alle Suchtkranken, die die Unfähigkeit gemeinsam haben, aus einem einmal entstandenen circulus vitiosus kraft eigener Willensentscheidung

1) Zum Problem überhaupt siehe Lücken FamRZ 1971, 285; beachte auch Arnold FamRZ 71, 289 (290).

2) bei Best, Die Rauschwelle rollt, S. 3.

3) Beachte betr. Gesetzesänderung S. 116 N. 5.

herauszukommen, daher ein eigenständiger Tatbestand vorzuschlagen, der zur Anordnung einer gerichtlichen Fürsorgemaßnahme berechtigt. Zu diesen Fällen ist die schon gesetzlich geregelte T zu zählen.

Objektive Tatbestandselemente

Die geltende Regelung gestaltet die Gesetzesvoraussetzungen je nach Entmündigungsgrund unterschiedlich. Bezieht sich der objektive Tatbestand bei Geistesstörung (§ 6 I Ziff. 1) allein auf "seine Angelegenheiten", so stellt sich dagegen der objektive Tatbestand bei T (§ 6 I Ziff. 3) als der umfassendste dar: neben dem Nichterledigenkönnen "seiner Angelegenheiten" ist auch die Selbst- und Drittgefährdung (Familie oder Sicherheit anderer) mitaufgeführt.

Liegt in den Fällen des § 6 I Ziff. 1 BGB eine Drittgefährdung (Notstand, Sicherheit anderer etc.) vor, kann man zu einem dem konkreten Einzelfall entsprechenden E-Schutz nur durch die extensive Auslegung "seiner Angelegenheiten"¹⁾ kommen.

Es ist einfacher und rechtlich unbedenklicher, einen umfassenden objektiven Tatbestand bei allen E-Gründen einzuführen, um somit einen einheitlichen objektiven Bezugspunkt zu erhalten.

IV. Ausländische Entmündigungsgründe

Die hier interessierenden Rechtsordnungen kennen neben den auch in Deutschland gesetzlich geregelten Entmündigungsgründen noch weitere in der BRD unbekannte, zur Betreuung berechtigende Maßnahmen.

1) vgl. z.B. BGH LM Nr. 2 zu § 42 c StGB; i.e. s. u. S.211f. Weiterhin ist eine Schutzmaßnahme über die Freiheitsentziehungsgesetze der Länder möglich.

Die Schweiz sieht Entmündigungen bei Mißwirtschaft, lasterhaftem Lebenswandel (Art. 370 ZGB), wegen Verurteilung zu einer mindestens einjährigen Freiheitsstrafe (Art. 371 ZGB) und eine Entmündigung auf eigenes Begehren (Art. 372 ZGB) vor.

Die französische Neuregelung sieht den "Müßiggang" als einen Grund an, einen Volljährigen unter den besonderen Schutz des Gesetzes zu stellen, dann vor, wenn er sich dem Notstand aussetzt oder seinen familiären Verpflichtungen nicht nachkommt; darüber hinaus als Nebenstrafe bei einer Verurteilung die "interdiction légale" (Art. 29 c.p.).

Es wird zu prüfen sein, ob es sich empfiehlt, solche Gründe, die in den hier interessierenden Rechtsordnungen Betreuungsgrund sind, in einer Neuregelung des deutschen ER aufzunehmen.

A) Lasterhafter Lebenswandel¹⁾

Mißwirtschaft und lasterhafter Lebenswandel ermöglichen Entmündigungen aus "moralischen Gründen"²⁾. Bei der Mißwirtschaft wird ein Mangel des Charakters verlangt³⁾. Infolge dieses Mangels muß eine Verarmung durch Angreifen des Vermögens drohen⁴⁾. Gleichermäßen beruht die Lasterhaftigkeit auf einem Defekt des Willens oder des Charakters⁵⁾. Der Schwerpunkt dieser Beurteilung liegt im Verhältnis des Einzelnen zu Dritten oder spezieller: im Verhältnis des Einzelnen zur Moralauffassung der

1) Lasterhaft ist ein Lebenswandel, der in erheblichem Maße gegen die Rechtsordnung und die guten Sitten verstößt. Eine einzige Verfehlung genügt freilich nicht - BGE 69 II 16.

2) Tuor § 42, I 2.

3) BGE 26 I 462.

4) BGE 40 II 175.

5) Kaufmann Art. 370 Rdnr. 22.

Allgemeinheit. Es steht zwar auch hier, wie bei den anderen Entmündigungsgründen (Art. 369 ZGB) der Schutz des Betroffenen im Vordergrund; jedoch noch mehr als bei der E wegen GK und GSchw werden aber hier die Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt. So hat das schweizerische Bundesgericht zwar die E einer Prostituierten, um deren Kunden vor einer Ansteckung mit venerischen Krankheiten zu schützen¹⁾, verneint, denn diese würden sich "freiwillig" einer Ansteckungsgefahr aussetzen. Dagegen wurde eine E nach Art. 370 ZGB wegen fortwährenden widernatürlichen Geschlechtstrieb bejaht²⁾. Schutzobjekt i. S. v. Art. 370 ZGB ist danach auch eine sittliche Gefährdung Dritter, namentlich Jugendlicher, und die Gefährdung der Sicherheit anderer. Besonders deutlich wird der überwiegende Allgemeinschutz in dem Fall, in dem eine Frau Schundliteratur an Kinder verteilt und sich diese mit gestohlenen Sachen "bezahlen" läßt³⁾. Unzweifelhaft will man hier mit privatrechtlichen Mitteln umfassenden Schutz gewähren, der sowohl dem Einzelnen als auch Dritten (der Allgemeinheit) zugute kommen soll. Es findet hierbei aber kein Eingriff aus allein privatrechtlich indizierten Gründen statt, sondern die Privatrechtsordnung wird zur Ergänzung öffentlicher Gesetze herangezogen. Die genannten Fälle zeigen, daß hier ebensogut Voraussetzungen für einen Eingriff aufgrund öffentlich-rechtlicher Schutzgesetze gegeben gewesen wären, seien es strafrechtliche, seien es verwaltungsrechtliche Vorschriften. Eine E stellt hier die Erledigung öffentlich-rechtlicher Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln dar; sie stellt nicht mehr allein auf den Schutz des Betroffenen ab. Diese Ausweitung der E-Gründe zum

1) BGE 46 II 209; BGE 83 II 274; a.A. Egger Art. 370 N. 49, der hier eine E befürwortet.

2) BGE 85 II 460.

3) BGE 69 II 17. Die Frau wurde nicht entmündigt, aber es ist doch erstaunlich und bezeichnend, daß dieser Fall immerhin bis zum schweizerischen BG gezogen wurde, das erst verbindlich entschied.

Zwecke der Erfassung aller Fälle gesellschaftsmoralisch mißbilligten Verhaltens bewirkt so einen gesellschaftlichen Selbstschutz¹⁾.

Es ist zu weitgehend, den Entmündigungsschutz als privatrechtlichen Ersatz für öffentlich-rechtliche Zwangsmaßnahmen einzusetzen. Hat eine Rechtsordnung keine gesetzliche Handhabe, aufgrund öffentlicher Gesetze einzugreifen, die ihrerseits stets eine klare Formulierung ihrer Ermächtigungsnorm voraussetzen, kommt der "lasterhafte Lebenswandel" als extensiv auslegbare Ermächtigungsnorm diesem Ziel entgegen²⁾.

Die E als gesellschaftsmoralische Sanktion bestimmter Verhaltensweisen geht an dem hier im Vordergrund stehenden Fürsorgegedanken der E vorbei: entscheidende Voraussetzung für eine E ist ein krankhaft bedingter Umstand, der eine Veränderung der Sozialbeziehungen des Betreffenden bewirkt. Die E soll aber nicht aufgrund einer aus Opportunitätsgründen ausweitharen Ermächtigungsnorm - wie sie Art. 37o ZGB darstellt - der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder der Bewahrung gesellschaftsmoralischer Vorstellungen dienen. Die E ist allein privatrechtlicher Schutz eines Betreuungsbedürftigen mit privatrechtlichen Mitteln beschränkt auf privatrechtliche Aufgaben!

B. Mißglang

Als einen besonderen Grund, einen Volljährigen unter den Schutz des Gesetzes zu stellen, sieht Art. 488 Abs. 3 c.c. n.F. "l'oisiveté" vor" diese Maßnahme berechtigt jedoch nicht zur Bestellung einer Erwachsenenvormund-

1) vgl. auch Gmür, S. 99.

2) Manz, S. 43, Fußn. 1 "Vielmehr hat man es dabei mit einer auf rein sozialpolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen basierenden Ausweitung des Entmündigungsrechts zu tun".

schaft, sondern allenfalls zu einer Erwachsenenpflegschaft (Art. 508-1 c.c.).

Müßiggang ist charakterliches Fehlverhalten¹⁾, das sich z.B. in Arbeitsscheu zeigt. Der französische Reformgesetzgeber verlangt hierbei ausdrücklich das Vorliegen eines objektiven Tatbestandes: "s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales". Es handelt sich hier, ebenso wie bei dem deutschen Entmündigungsgrund Verschwendung, um ein Fehlverhalten in der Sozialbeziehung, das keine krankhaft bedingte Ursache verlangt, sondern nur eine bestimmte Art der Verhaltensweise "pönalisiert".

Durch die Erwachsenenpflegschaft sollen Arbeitsscheue zur Arbeit herangezogen werden. Fälle von Arbeitsscheu sind auch bei uns bekannt; es fragt sich allerdings, ob es nötig ist, gegen sie mit einer privatrechtlichen Maßnahme wie E oder Pflegschaft vorzugehen.

Nach dem Arbeitsförderungsgesetz (AFG) aus dem Jahre 1969 wird Arbeitslosengeld (§ 100 AFG) nur dann gezahlt, wenn der Arbeitslose auf dem Arbeitsmarkt "verfügbar" (§ 103 AFG) und eine Arbeitszuweisung nicht möglich ist oder wegen Unzumutbarkeit nicht erfolgen konnte. Nimmt der Arbeitslose zumutbare Arbeit nicht an, kann ihm das Arbeitsgericht nach einer Sperrzeit das Arbeitslosengeld entziehen (§§ 119, 120 AFG).

Hat sich der Betreffende trotz wiederholter Aufforderung geweigert, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen, so ist er nicht verfügbar im Sinne des AFG. Besteht er weiterhin darauf, nicht zu arbeiten, so kann er von der zuständigen Landesbehörde zur Arbeitsleistung in einer abgeschlossenen Anstalt untergebracht werden (§ 26 I 1 BSHG). Zweck dieser letztmöglichen Maßnahme ist es, den Arbeitsscheuen von der dann nach dem BSHG versorgungs-

1) Ferid 1 D 52.

berechtigten Familie zu trennen, denn nur dieser steht bei Nichtverfügbarkeit des Unterhaltsverpflichteten auf dem Arbeitsmarkt ein eigener Anspruch auf Sozialhilfe zu¹⁾. Zweck dieser Unterbringung ist es, auf den Arbeitsscheuen einzuwirken, daß er von der beharrlichen Weigerung, zumuthbare Arbeit zu leisten, Abstand nehmen und sich freiwillig bereit erklären soll, den Lebensunterhalt für sich und seine Unterhaltsberechtigten wieder durch Arbeit zu beschaffen²⁾.

Diese Maßnahme des § 26 BSHG reicht völlig aus, das verfolgte Ziel - zwar unter zeitweiser Beschränkung der persönlichen Freiheit, jedoch nicht unter Aufhebung der gesamten rechtlichen Eigenbestimmung, wie sie bei der E eintritt - zu erreichen³⁾. Auf dem Sektor des Arbeits- und Sozialrechts liegt eine umfassende und abschließende Regelung vor; eines weiteren, auf alle Rechtsgebiete wirkenden Eingriffes bedarf es daher nicht, es sei denn, eine krankhaft bedingte Störung (Geistesstörung, Trunksucht o.ä.) würde eine derartige Erweiterung des Schutzes auch auf alle Rechtsgebiete erfordern. Dann aber liegt die Ursache der Arbeitsscheu nicht in der Weigerung allein, zumuthbare Arbeit zu leisten, sondern in einem krankhaften Zustand, der dieses Verhalten bedingt.

Ein alternatives Eingreifen der E wird durch eine lückenlose Regelung auf sozial- und arbeitsrechtlichem Gebiet ausgeschlossen; darüber hinaus würde die E einen auf allen Rechtsgebieten wirkenden Charakter haben, der zur

1) vgl. Österreichischer BSHG, § 11 Rdnr. 8; BVerwG DÖV 67, 640.

2) Österreichischer BSHG § 26 Rdnr. 11.

3) Wenn der Arbeitsscheue dann trotzdem nicht arbeiten will, kann auch eine Entmündigung und eine durch sie ermöglichte Einweisung nach § 1800 II BGB nichts helfen. Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Zwangsmaßnahme i.S. v. § 26 BSHG siehe Hamann 2. Aufl. 1. Art. 12 Aq.

Abwendung von Arbeitsscheu allein ein unverhältnismäßiges Mittel darstellen würde.

C. Freiheitsstrafe als Entmündigungsgrund

Die Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ist absoluter Entmündigungsgrund, d.h. die Tatsache einer Verurteilung in dieser Strafhöhe allein reicht aus, um die Voraussetzungen zu erfüllen. Die E nach Art. 371 ZGB soll nicht den Schutz der Person bezwecken, sondern durch diese Maßnahmen sollen die Vermögensinteressen des Straftäters während der zwangsweisen Abwesenheit gewahrt werden¹⁾; denn es besteht eine, wenn auch widerlegbare, Vermutung dafür, daß der Internierte seine vermögensrechtlichen Interessen nicht mehr selber wahrnehmen kann²⁾.

Ähnlich, allerdings ohne den primären Fürsorgecharakter des Art. 371 ZGB, verhält sich der code pénal. Auch er knüpft an eine Verurteilung entmündigungsähnliche Folgen. In seinem 1. Kapitel "Des peines en matières criminelles" sehen Art. 29 ff. c.p. bei einer Verurteilung zu einer "vergeltenden oder entehrenden Strafe" vor, daß "qui-conque aura été condamné à une peine afflictive et infamante, sera, de plus pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale...", der Verurteilte also kraft Gesetzes geschäftsunfähig wird. Die interdiction légale ist - ganz im Gegensatz zu der E nach Art. 371 ZGB, die eine zivilrechtliche Folge einer strafrechtlichen Verurteilung ist, aber keinen eigenen Strafcharakter besitzt - eine zwingend vorgeschriebene Nebenstrafe³⁾. Der der interdiction légale Unterliegende ist zwar geschäftsunfähig, kann aber wirksam testieren oder

1) BGE 62 II 68; siehe auch SJZ 34, 234.

2) Egger Art. 371 Rdnr. 10.

3) Hélie § 2 Nr. 51 "Ces peines sont des peines accessoires. Elles sont obligatoires".

auch eine Ehe eingehen, ohne hierzu der Genehmigung des Familienrates oder Vormundes nach Art. 506 c.c.n.F. zu bedürfen¹⁾. Zur Führung und Verwaltung seiner Vermögensangelegenheiten erhält er einen Vormund und einen Gegenvormund (Art. 29 c.p.)²⁾.

Auch im österreichischen Recht finden sich zivilrechtliche Folgen bei Strafurteilen. § 279 ABGB sieht die Bestellung eines Kurators bei Kerkerstrafe vor. Diese Maßnahme stellt sich als eine gesetzliche Vermögenssicherung während der Abwesenheit der Verurteilten dar. Sie beschränkt sich ebenfalls nur auf eine zivilrechtliche Sicherung, ist Vormundschaft kraft Gesetzes ohne Entmündigungsvoraussetzung. Allen drei genannten Maßnahmen gemeinsam ist die Vermögens-, nicht primär die Personensorge.

Für den deutschen Reformgesetzgeber bietet sich eine solche Regelung nicht an. Die gesetzlichen Voraussetzungen über die Abwesenheitspflegschaft im Sinne von § 1911 BGB reichen aus, um die Vermögensangelegenheiten des Strafgefangenen während seiner Straftat zu regeln und zu sichern; seine personensorgerechtlichen Pflichten ruhen ohnehin, soweit solche überhaupt bestehen (§§ 1674, 1675, 1678 BGB).

D. Entmündigung auf eigenes Begehren

Fraglich ist, ob ein Entmündigungsgrund - "auf eigenes Begehren" - vergleichbar mit Art. 372 ZGB und Art. 493 c.c., in eine künftige Regelung eingefügt werden soll.

1) Dalloz Code pénal Art. 29.

2) Zur Aufhebung: Im Gegensatz zum schweizerischen Recht (Art. 432 II ZGB) entfällt im französischen Recht die Vormundschaft für die Dauer einer bedingten Entlassung.

Hierfür ist die Notwendigkeit einer solchen Maßnahme entscheidend. Notwendig wird sie aber nur dann sein, wenn die Möglichkeiten des geltenden Rechts nicht ausreichen, auch die Personen unter Betreuungsschutz zu stellen, die ihn für sich selbst verlangen.

Statistiken Schweizer Kantone¹⁾ beweisen die Notwendigkeit eines "eigenen Rechts" auf Bevormundung, d.h. auf staatlichen Fürsorgeschutz. Obwohl das Entmündigungsverfahren überwiegend von offizieller Seite (vgl. Art. 369 II ZGB) angeregt bzw. eingeleitet wird, werden so doch nicht alle Fälle bestehender Betreuungsnotwendigkeit erfaßt.

Dem Gesetzgeber d.l.f. ist zu empfehlen, eine Betreuungsmöglichkeit "auf eigenes Begehren" in das künftige Gesetz aufzunehmen. Ein subjektiv-öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Betreuung mit privatrechtlichen Mitteln ist dem deutschen Rechtsdenken fremd²⁾, obwohl gerade eine solche Maßnahme den Sozialstaatsgedanken des GG am ehesten konkretisiert: Der Bürger soll diesen notwendigen

-
- 1) vgl. Egger Art. 372 Rdnr. 10 f., 13; dieses wird auch durch die Praxis bestätigt = Kanton Basel-Stadt: Nach Angaben der Vormundschaftsbehörde Basel-Stadt wurden in 1969 aus Art. 369 3, Art. 370 niemand, Art. 371 12 und Art. 372 dagegen 34 auf eigenes Begehren entmündigt. Ein ähnliches Bild zeigt sich für 1970; in diesem Jahr wurden wegen Art. 369 3, 370 keine, 371 10 und Art. 372 18 Entmündigungen ausgesprochen. Entmündigungen gem. Art. 370 ZGB sind dort deswegen selten, weil das Verfahren (Zivilprozeß beim Zivilgericht) ziemlich kompliziert ist und daher darauf tendiert wird, sich mit den zu entmündigenden Personen irgendwie zu einigen, so daß freiwillige Vormundschaften gem. Art. 372 ZGB angeordnet werden können. In den Fällen des Art. 372 ZGB figurieren daher teilweise die Entmündigungsgründe des Art. 370 ZGB, teilweise auch solche des Art. 369 ZGB, letzteres in solchen Fällen, in denen die GK oder GSchw nicht zu Urteilsunfähigkeit geführt hat und die betroffene Person an und für sich einsieht, daß die Bevormundung nötig ist.
 - 2) Auch die PflEG des § 1910 gibt keinen Anspruch des Betreffenden auf diese Maßnahme, sondern er ist nur berechtigt, durch Antrag eine PflEG anzuregen.

Schutz nicht erst dann erhalten können, wenn alle materiell- und formellgesetzlichen Voraussetzungen vorliegen und der Staat wie ein "deus ex machina" im fürsorglichen Gewande erscheint, sondern schon dann, wenn die individuelle Situation eine schützende, kontrollierende und lenkende Fremdhilfe erfordert. Erst ein Anspruch des Betroffenen auf Betreuungsschutz ermöglicht es, daß beide Seiten, Staat und Betroffener, die Initiative ergreifen können, um einen solchen Schutz zu realisieren.

Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil sich der Betroffene oft der eigenen Hilflosigkeit früher bewußt wird als ein antragsberechtigter Dritter.

So hat z.B. ein Arbeiter ohne Familie, der zwar regelmäßig seiner Arbeit nachgeht, aber ebenso regelmäßig nach Feierabend seine Ersparnisse vertrinkt, nicht die Kraft, sich selbst seinem Hang zum Alkohol zu widersetzen. Er erkennt seine verfahrenre Lage und sucht nach einem gangbaren Ausweg. Dieses "Intern"-Stadium des Erkennens der eigenen Hilflosigkeit und künftigen Hoffnungslosigkeit der Lage, das Wissen um die Konsequenzen bei Fortschreiten der Krankheit, wird vom geltenden Recht betreuungsmäßig überhaupt nicht berücksichtigt. Es müssen vielmehr erst Außenwirkungen eingetreten sein, die Dritte zu einem entsprechenden Handeln aufrufen. Das wiederum bedeutet d.l.l., daß der Antragsteller erst "geboren" werden muß, so daß also eine Verfahrenseinleitung oft auf sich warten läßt, und zwar solange, bis die Krankheit in ein Stadium absoluter Hilflosigkeit des Betroffenen getreten ist.

Es geht hierbei auch um die Rechtzeitigkeit einer fremdlenkenden Betreuungsmaßnahme.

Die E ist nur aufgrund einer Fremdinitiative (AntragsR Dritter) möglich. Entmündigungsschutz kann demnach nur in den Fällen gewährt werden, in denen die materiellen und formellen Voraussetzungen vorliegen. In der Regel werden

zwar die materiellen Voraussetzungen vorliegen, die formellen dagegen werden in Einzelfällen überhaupt oder nur auf Umwegen zu erreichen sein. Nur durch Änderung der formellen Voraussetzungen können auch die Fälle erfaßt werden, in denen der Betroffene um den notwendigen Schutz nachsucht. Es geht also gar nicht darum, einen neuen Entmündigungsgrund zu schaffen, sondern es geht nur darum, die einer wirkungsvollen Betreuung formell entgegenstehenden Vorschriften zu beseitigen. Die Frage der E auf eigenes Begehren ist daher kein materielles, sondern ein rein formelles Problem. Es soll nur durch die fremdinitiative E-Voraussetzung Antragstellung durch eine Eigeninitiative ersetzt werden¹⁾.

In Frage käme ein Antragsrecht des Betroffenen entsprechend § 646 I ZPO. Würde man solches Antragsrecht bejahen, bestünden hiergegen schon allein dogmatische Bedenken. Bedenklich ist, daß die Person, die ihre eigene E beantragt, gleichzeitig auch damit - bei Erfolg ihres Antrages - über den Eintritt ihrer Nicht-Geschäftsfähigkeit disponiert. Diese Person ist zwar für die Stellung des Antrages noch geschäfts- und prozeßfähig, wbbingegen sie nach Rechtskraft des Entmündigungsbeschlusses in allen Rechtshandlungen einer Nicht-Vollgeschäftsfähigen gleichsteht. Sie verfügt also als Geschäftsfähige selbst über ihre Nicht-Geschäftsfähigkeit, sie disponiert, überspitzt formuliert, über eine quantitative Besserstellung, die aus der Wiedererlangung der Minderjährigenrechte gegenüber anderen Volljährigen folgt.

Paradox erscheint es zudem, daß jemand, der selbst noch geschäftsfähig ist, seine eigene E beantragen können soll, wenn er nach den Voraussetzungen des BGB noch voll wirksam

1) wodurch gleichzeitig eine Verfahrensvereinfachung erfolgen kann.

Vollmacht erteilen oder selbst noch in eine Pflegschaft einwilligen kann (§ 191o III BGB).

Die eigenen Freiheitsrechte sind zwar dispositiv, der Betreffende kann daher auch über das "Ob" seiner Geschäftsfähigkeit durchaus selbst entscheiden. Der Staat entzieht aber nur dann die Geschäftsfähigkeit, wenn hierfür die gesetzlich geforderten Voraussetzungen vorliegen. Der Entzug der Geschäftsfähigkeit ist eine staatlich gewollte Ausnahme von der Regel der Geschäftsfähigkeit, die erst dann eingreift, wenn keine den Erfordernissen des konkreten Einzelfalls mehr entsprechende andere Maßnahme möglich ist. Der Anspruch des Betreffenden gegen den Staat kann sich daher nur auf eine Fürsorgemaßnahme generell, nicht aber auf eine ganz konkrete bestimmte Maßnahme erstrecken. Hat der Betreffende einen dahin gehenden Anspruch, so beschränkt sich dieser auf die Verpflichtung des Staates, fürsorgerisch tätig zu werden. Wird er tätig, so kann nur der Staat die geeignete, dem konkreten Fall angepaßte Maßnahme bestimmen. Somit besteht zwar ein subjektiver Anspruch auf Fürsorge i.w.S., nicht aber auf eine bestimmte Maßnahme.

Vorzuschlagen ist daher, daß dem Betroffenen ein Recht zuzuerkennen ist, die Einleitung eines Fürsorgeschutzverfahrens zu seinen Gunsten zu veranlassen, und zwar in Form eines Antrags bei der zuständigen Stelle. Diese Stelle entscheidet, welche Maßnahme sie für geeignet hält und ordnet sie an.

Somit kann durch eine Änderung der formellen Voraussetzungen für den Betroffenen eine Fürsorgemaßnahme auf Grund eigenen Tätigwerdens angeordnet werden: eine dieser Maßnahmen kann auch die E sein.

V. E zum Zwecke der Verbrechensbekämpfung

Hartmann hat vorgeschlagen, E¹⁾ und vorläufige Vormund-

1) S. 59 ff.

schaft¹⁾ in den Dienst der Verbrechenverhütung zu stellen. Seiner Meinung nach ist die Entmündigung nicht nur eine dem Kranken dienende Maßnahme, sondern auch eine Schutzmaßnahme im Interesse der Allgemeinheit. Dieser Meinung ist insoweit zuzustimmen, als sie einen vormundschaftlichen, auf das Privatrecht beschränkten Schutz versteht. Sie geht insofern aber zu weit, als sie die E als Institution des Privatrechts aus ihrer begrenzten Allgemeinbezogenheit (§ 6 I Ziff. 3) zu einer Ersatzform straf- und verwaltungsrechtlicher Schutznormen machen will, so wie es Art. 37o ZGB ("lasterhaften Lebenswandel") erreicht. Die Wirkung der E beschränkt sich grundsätzlich auf das Privatrecht: es soll durch sie nur der Personenkreis geschützt werden, der auch gesetzlich als schutzwürdig angesehen wird. Dagegen gehen die öffentlichen Gesetze grundsätzlich vom Schutz der Allgemeinheit aus, nur in Ausnahmefällen wird der Einzelne als besonders regelungswürdig aufgeführt.

Eine E zum Zwecke der Verbrechenverhütung wirft die Fragen auf, die vergleichsweise bei der Vorbeugehaft im Strafprozeßrecht von Bedeutung sind: von welchem Zeitpunkt an hat man von einer Erforderlichkeit des präventiven Schutzeingriffs durch E zu sprechen, und wer entscheidet, wer ein potentieller und deshalb zu entmündigender Straftäter ist.

Das geltende Strafrecht geht von dem Tatstrafrecht aus, d. h. eine T a t wird nur dann bestraft, wenn sie begangen ist, und nicht schon dann, wenn sie noch nicht einmal in das Stadium der bloßen Vorbereitungshandlung getreten ist. Das StGB sieht zwar eine Sicherungsverwahrung vor (§ 42 e StGB), diese allerdings nur dann, wenn "der Täter infolge eines Manges zu erheblichen Straftaten ... für die Allgemeinheit gefährlich ist" (Abs. 1 Ziff. 3). - In diesen Fällen sind infolge der

1) S. 7o ff.

schon begangenen Taten Kriterien vorhanden, die die Vermutung zulassen, daß der Sicherungsverwahrte auch in Zukunft gegen Strafgesetze verstoßen und daher eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen wird.

Auf dieser Ebene liegt auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen¹⁾. Dieser lag folgender Sachverhalt zugrunde: ein an arteriosklerotischer Demenz leidender Greis hatte im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit wiederholt den Tatbestand des § 176 I StGB verwirklicht. Eine Unterbringung nach § 42 b StGB scheiterte daran, daß die geeigneten Anstalten überfüllt waren. Um ihn einstweilen in einem Altersheim unterbringen zu können - wozu der Strafkammer aber eine rechtliche Handhabe fehlte, ihn dort gegen seinen Willen festhalten zu können - erwog man die Entmündigung. Gegen die Meinung der Vorinstanzen, die ein Vorliegen der Voraussetzungen des § 6 BGB verneinten, erkannte der BGH durch eine extensive Auslegung der "Angelegenheiten" auf das Vorliegen des objektiven Tatbestandes. Zur Begründung führte er aus, daß Angelegenheiten nicht allein Rechtsangelegenheiten umfaßten, sondern der zu Entmündigende auch davor geschützt werden müsse, mit den Strafgesetzen in Konflikt zu kommen.

Eine Ausweitung der "Angelegenheiten", wie sie der BGH vornimmt, entspricht in dem entschiedenen Fall allein dem konkreten Bedürfnis, den in den geeigneten Anstalten chronisch bestehenden Platzmangel durch andere Unterbringungsmöglichkeiten zu erweitern. Da eine zwangsweise Unterbringung im Altersheim aufgrund strafrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Unterbringungsgesetze nicht zulässig ist, zumal zu diesem Zwecke eigene und geeignete Anstalten eingerichtet sind, sollten hier allein die rechtlichen Voraussetzungen für eine zwangsweise Anhaltung

1) LM § 42 b StGB Nr. 18 vom 18.12.1958; beachte dagegen RGZ 38, 191 (192).

dort geschaffen werden, nicht aber sollte diese Maßnahme der präventiven Verbrechensbekämpfung i.e.S. dienen. Weniger die rechtlichen Gesichtspunkte als vielmehr technische Schwierigkeiten im Einzelfall waren entscheidend, um so die rechtlichen Möglichkeiten für eine anderweitige, zwangsweise Unterbringung (§ 1800 II BGB) zu schaffen. Zu diesem Zwecke mußten die "Angelegenheiten" des § 6 BGB auch auf die Verbrechensverhütung erweitert werden.

Im entschiedenen Falle wird so die E zur Ergänzung der öffentlich-rechtlichen Freiheitsentziehungsgesetze herangezogen. Die E darf aber - generell - nur in ihrer Begrenztheit auf das Privatrecht verstanden werden, andernfalls würden die Grenzen zu den öffentlich-rechtlichen Gesetzen ins Fließen gebracht (beachte Art. 370 ZGB). Das Betreuungsrecht des Privatrechts bleibt auf das Privatrecht beschränkt.

Die öffentlich-rechtlichen Gesetze regeln ihre Eingriffsvoraussetzungen - ebenso wie es § 6 BGB für die E tut - abschließend. Liegen die Voraussetzungen für einen Eingriff aufgrund öffentlich-rechtlicher Gesetze vor, tritt das Privatrecht aus Subsidiaritätsgründen hinter dem öffentlichen Recht zurück. Eine auch nur ersatzweise Heranziehung des Privatrechts ist auch dann unzulässig, wenn es den gleichen oder sogar einen geringeren Eingriffserfolg als den nach den öffentlichen Gesetzen möglichen vorsieht. Eine Betreuung statt mit öffentlich-rechtlichen auch mit privatrechtlichen Mitteln ist nur dann möglich, wenn eine Konkurrenz der öffentlichen und privatrechtlichen Normen eintritt, wie beispielsweise bei E- und Freiheitsentziehungsgesetzen, deren tatbestandliche Voraussetzungen nahezu identisch sind, also in solchen Fällen, in denen sowohl die Voraussetzungen für eine öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Betreuung vorliegen, was namentlich bei Suchterkrankungen der Fall sein kann.

Eine Erweiterung des Entmündigungszweckes durch eine - ständige - erweiternde Auslegung der "Angelegenheiten" würde die Grenze zum öffentlichen Fürsorgerecht überschreiten und die E zur Ersatzform öffentlicher Schutzgesetze machen.

Stufenbau der Fürsorgemaßnahmen

Das Problem des künftigen Betreuungsrechts ist Rechtsfolgeproblem. Es kann daher nur von der Rechtsfolge-seite her gelöst werden. Die geltende Regelung hat mit ihren unterschiedlichen Tatbeständen und Rechtsfolgen ein System konstruiert, das schwerfällig ist und das deshalb den praktischen Bedürfnissen nicht immer entsprechen kann.

Eine künftige Regelung muß daher von *e i n e m* Tatbestand, der alle Erscheinungen umfaßt, die lenkender Fremdhilfe bedürfen, ausgehen. Die Rechtsfolge wird nach den Bedürfnissen des konkreten Einzelfalls bestimmt.

Vorzuschlagen ist daher zunächst folgender gemeinsamer Tatbestand:

1. "Wer infolge psychischer Störungen, Suchterkrankungen oder Verschwendung nicht im Stande ist, für sich selbst zu sorgen, oder seine Angelegenheiten selbstverantwortlich nicht zu erledigen vermag oder sich oder seine Familie der Gefahr des Notstands aussetzt oder die Sicherheit Dritter gefährdet, kann unter besonderen Fürsorgeschutz des Staates gestellt werden".

Die Regelung des § 1910 Abs. 2 BGB beschränkt sich in ihrer Neufassung auf körperliche Gebrechen¹⁾. Diese Vorschrift ist als Absatz 2 des § 6 n.F. BGB einzufügen.

1) hierunter fallen auch Neurosen.

2. "Wer infolge körperlicher Gebrechen seine Angelegenheiten nicht zu erledigen vermag, kann einen Beistand erhalten."

Die beiden Absätze des § 6 n. F. enthalten jeweils eigenständige Tatbestandsvoraussetzungen. Unter § 6 II sollen nur die genannten körperlichen Gebrechen fallen. Sollte mehr als nur ein körperliches Gebrechen (s. § 6 I n. F.), dagegen aber ein nur geringeres Betreuungsbedürfnis vorliegen, so kann der Betroffene dennoch einen Beistand (etwa einem Pfleger a. F. entspr.) erhalten; dessen Befugnisse sind aber gerichtlich festzulegen.

Die Rechtsfolge kann unterschiedlich starke Eingriffe in die Rechtspersönlichkeit des Betroffenen vorsehen. Umfang und Intensität des Schutzes bestimmen sich nach den Bedürfnissen des Einzelfalles. Die Bestimmung der Betreuungsmaßnahme im Einzelfall muß aber dem Richter, nicht dem Gesetzgeber, überlassen bleiben. Der Gesetzgeber kann nicht alle möglichen und wahrscheinlichen Einzelfälle regeln. Er sollte aber - gerade auf dem fürsorgerischen Gebiet - gesetzliche Möglichkeiten eröffnen, die Funktion des Richters von einer schlicht rechtsbefolgenden oder rechtsprechenden zu einer rechtsgestaltenden auszuformen. Der Richter steht nun einmal zwischen Gesetz und dem vom Leben geschriebenen konkreten Einzelfall. Eine Rechtsprechung, dem Gesetz gemäß, aber dem billigen Erfordernis des Einzelfalles widersprechend, ist starre Gesetzhbefolgung, nicht Konkretisierung eines hinter der Gesetzesvorschrift stehenden gesetzgeberischen Willens. Dem Richter wird mit diesem Vorschlag ein Gestaltungsermessen zugewiesen; er paßt die entsprechende Fürsorgemaßnahme dem Einzelfall als Folge der Ermittlungen an; er konkretisiert das Gesetz nach den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeit und sichert somit die Rechtsstaatlichkeit der Entscheidung.

B. Im einzelnen sind folgende Rechtsfolgen vorzuschlagen:

a) Nicht-Voll-GFK = Beschränkung der Geschäftsunfähigkeit auf allen Gebieten.

Diese entspricht der E des geltenden Rechts (§ 114 BGB).

b) Nicht-Voll-GFK unter Zuordnung eines eigenen Wirkungsbereiches des Mündels - also bei Fällen, in denen der Betreffende Teile seiner Angelegenheiten wegen ihrer Einfachheit noch allein erledigen kann - z. B. die Geschäfte des täglichen Lebens.

Die Maßnahme ist "Entmündigung", beschränkt auf solche Angelegenheiten, die der Betroffene infolge eben der betr. Gründe nicht zu erledigen vermag, z.B. bei GK oder V Verfügungsverbot über Immobilien etc. Diese Rechtsfolge garantiert in den Fällen den verhältnismäßigen Eingriff, in denen noch Raum für ein eigenständiges Handeln bleibt; z. B. kann ein geisteskranker Bauer, der ein großes Vermögen geerbt hat, Gefahr laufen, es sich von falschen Freunden "abschwätzen" zu lassen, durchaus noch selbst veranlassen, daß das zur Aussaat notwendige Saatgut beschafft oder die notwendige Reparatur der Landmaschine durchgeführt wird, ohne hierbei jeweils den Vormund bemühen zu müssen. Entscheidend ist, daß dann, wenn eine Gefährdung eintritt, Kontrolle und Schutz gewährleistet sind.

Der Eingriff in die Rechtspersönlichkeit darf nur in dem Umfang erfolgen, wie ihn Angelegenheiten und der persönliche Schutz erfordern. Kann der Betroffene jedoch die für ihn alltäglichen Angelegenheiten (der Arbeit nachgehen, die mit dieser verbundenen Geschäfte tätigen, soweit sie nicht dem Ziel der Vormundschaft zuwiderlaufen) selbst besorgen, besteht auf diesem Teilgebiet keine Betreuungsnotwendigkeit.

Das Gesetz selbst läßt eine partielle Geschäftsfähigkeit zu. Nach §§ 112, 113 BGB kann der Minderjährige für bestimmte Geschäfte schon vor Eintritt der Volljährigkeit für geschäftsfähig erklärt werden¹⁾. Wenn der Minderjährige für bestimmte Geschäfte für geschäftsfähig erklärt werden kann, so sollte es auch der Entmündigte für solche Fälle bleiben können, bei denen er nach wie vor einem Geschäftsfähigen gleich handeln kann. Warum soll hier der volljährige Entmündigte nicht auch die Rechte haben, die sogar schon ein Minderjähriger haben kann?

c) Von den Fällen teilweiser GFK sind die Fälle abzugrenzen, in denen eine Nichtvollgeschäftsfähigkeit nur zeitweise eintritt, so bei Querulantenwahn oder Eifersuchtswahn, ebenso die Fälle, in denen ein selbstverantwortliches Nichterledigenkönnen der Geschäfte auf bestimmte Angelegenheiten beschränkbar ist. Hier bedarf der Betroffene für bestimmte Angelegenheiten oder Gebiete eines umfassenden Schutzes, während er im übrigen voll geschäftsfähig bleibt; dagegen ist bei den unter b) genannten Fällen die Nicht-GFK die Regel, die Zuweisung eines eigenen Aufgabenkreises die Ausnahme.

Es braucht de lege ferenda daher kein Unterschied mehr zwischen Fällen partieller GUF und Fällen eines partiellen Schutzbedürfnisses in bestimmten Angelegenheiten gemacht zu werden, obwohl sie unterschiedliche tatbestandliche Voraussetzungen haben:

Bei der GPK bedingt die Bestimmbarkeit der Angelegenheit die Maßnahme. In den Fällen der Teil-GUFK äußert sich dagegen die krankhaft bedingte Unfähigkeit zeitweise auf

1) Es ist, soweit ersichtlich, kein E-Fall bekannt, bei dem von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde.

bestimmten Gebieten. Hier hängt die Maßnahme von der Bestimmbarkeit der Gebiete ab, auf denen sich die Unfähigkeit äußert. Tatbestandlich besteht eine Gemeinsamkeit in der "Bestimmbarkeit", die innerlich zwar differiert, jedoch Anhaltspunkt genug ist, Rechtsfolgebasis zu sein. Äußert sich das Betreuungserfordernis auf bestimmten Gebieten oder in bestimmten Angelegenheiten, kann der Richter für ihre entsprechende Besorgung einen Beistand bestellen. Die Fremdbestimmung auf diesem Gebiet schließt ein eigenes Handelnkönnen des Betroffenen aus: Er ist auf den Gebieten, die dem Beistand zugewiesen sind, nicht-vollgeschäftsfähig. Die Folge hiervon:

1. Diese Maßnahme ist E-Folge für bestimmte Gebiete, d. h. der Betroffene ist auf diesen "nicht-vollgeschäftsfähig".
 2. Die Zwangspflegschaft im überkommenen Sinne fällt weg: die Anordnung einer Pflegschaft neuer Art (Beistandschaft) kann sich rechtsfolgemäßig der E oder den Vorschlägen b) und c) nähern. Je nach dem, in welchem Umfange sich die Unfähigkeit zeigt, können je nach Lage des Falles die Rechte des Beistandes ausgeweitet werden. Das hat zur Folge, daß die Pflegschaft a. F. zu einer dem konkreten Schutzbedürfnis des Einzelfalles angleichbaren Betreuungsförm wird.
- Für die Beistandschaft u. F. gelten die Vorschriften über die Vormundschaft entsprechend (vgl. § 1915 BGB)¹⁾. Ergeben sich auf besagten Gebieten Streitigkeiten zwischen Pfleger und Betroffenen, so ist ein Gegenbeistand zu ernennen (die Vorschriften über die Bestellung eines Gegenvormundes finden dann entsprechende Anwendung).

1) beachte auch oben S. 22 N. 1.

3. Eine Beistandschaft (Pflegschaft neuer Art) ist auch bei Suchterkrankungen möglich, was insbesondere für die Fälle von Interesse ist, in denen eine Beschränkung auf die Vermögensangelegenheiten wünschenswert sein kann (z.B. Lohnverwaltung vgl. Art. 395, 414 ZGB, auch § 8 EntwO).

Zusammenfassend läßt sich festhalten:

Die Intensität des dem Einzelfall entsprechenden Schutzeingriffs bestimmt sich nach den Grundsätzen der Erforderlichkeit des Eingriffs und der Verhältnismäßigkeit des Mittels. Zu diesem Zweck ist es notwendig, die Rechtsfolge nach den Bedürfnissen dieses konkreten Einzelfalles bestimmen zu können. Das Gesetz muß dem Richter die Mittel hierfür an die Hand geben. Es kann nur Vorschläge fürsorglicher Rechtsfolgen machen, nicht aber an bestimmte Voraussetzungen zwingend eine bestimmte Rechtsfolge knüpfen. Gerade auf rechtsfürsorglichem Gebiet muß von der starren Gesetzbefolgung weg zu einer flexiblen richterlichen Einzelfallgestaltung gekommen werden. Das Gesetz kann nur einen Rahmen, einen möglichst breiten Rahmen geben: die bedarfsgerechte Ausfüllung dieses Rahmens obliegt aber allein dem Richter.

Die Angleichung der Rechtsfolge an die Bedürfnisse des Einzelfalles muß nicht unbedingt eine die GFK beschränkende Maßnahme beinhalten. Wenn es der Einzelfall zuläßt, kann eine ernsthafte Mahnung (so z. B. bei Trinkern) ausreichen, um einen "Betreuungserfolg" zu erzielen. Der Richter kann dem Betroffenen statt Anordnung einer Maßnahme anraten, sich einer Heilbehandlung zu unterziehen (entspr. § 681 ZPO).

Es ist wichtig, daß man - soweit möglich - Einsicht und Besserungsbereitschaft des Betroffenen den oben genannten Maßnahmen vorzieht. Denn entscheidend ist doch, ein gestörtes Selbstbewußtsein, das ins Wanken geratene

Vertrauen zu sich selbst oder anderer zu dem Betroffenen durch eigene Tätigkeit wiederherzustellen. Betreuung beginnt nicht erst mit einer Fremdhilfe ermöglichenden Maßnahme, sondern schon mit ratgebender Beeinflussung des Betroffenen durch den mit staatlicher Autorität ausgestatteten Richter.

VII. Veröffentlichung und Rechtsverkehr

Im Vorangegangenen wurde versucht, den Schutzinteressen des Betroffenen gerecht zu werden. Eine Reform des E-Rechts bliebe aber Stückwerk, würden nicht auch die Interessen des Rechtsverkehrs berücksichtigt, denen in der geltenden Regelung keinerlei Beachtung geschenkt wird.

Der volljährige Entmündigte setzt schon durch sein Auftreten im Rechtsverkehr durch seine äußere Erscheinung einen gewissen Vertrauenstatbestand. Er wird seinem Alter entsprechend als Geschäftsfähiger behandelt. Der Rechtsverkehr, der von der Geschäftsfähigkeit als Regel ausgeht, muß sich - genarrt in seinem Vertrauen auf die vermeintliche GFK des Kontrahenten - , die außerhalb seiner Kenntnis vollzogene Änderung der Rechtslage entgegenhalten lassen, ohne selbst in seinem Vertrauen geschützt zu sein oder zumindest Gelegenheit gehabt zu haben, die veränderten Umstände zu erfahren und sich diesen anzupassen¹⁾.

Es fehlt der geltenden Regelung an einem Kriterium, an einem Orientierungspunkt, der quasi das Vertrauen des Rechtsverkehrs ex nunc zerstört, es aber andererseits solange schützt, bis der Rechtsverkehr Gelegenheit hatte, Kenntnis von der veränderten Rechtslage zu nehmen.

1) vgl. oben S. 84 ff., 130 ff.

Es muß daher versucht werden, einen Ausgleich der kollidierenden Interessen zu finden, der sowohl die besondere Situation des Betroffenen als auch die des auf eine GRK vertrauenden Rechtsverkehrs berücksichtigt.

1. Soll überhaupt eine Veröffentlichung erfolgen?

Die E eines Volljährigen ist Wiederherstellung eines rechtsgeschäftlichen Ausnahmezustandes, der ursprünglich nur dem Nicht-Geschäftsfähigen zustand. Der Betroffene wird nun kraft dieser durch E erlangten "Rechtsstellung" befähigt, Dritten die Rechte eines Nicht-Vollgeschäftsfähigen entgegenzuhalten.

Die Betreuungsmaßnahme gibt dem Betroffenen so einen rechtsgeschäftlichen Schutz, den sie dem Rechtsverkehr gleichzeitig nimmt. Der Schutz des Betroffenen wird zuungunsten des auf die Geschäftsfähigkeit vertrauenden Rechtsverkehrs umgelastet¹⁾.

Ein derartiges Ergebnis ist unbillig. Der Betroffene muß gerade aus Gründen des Interessenausgleichs sein verständliches Interesse aus einer "Geheimhaltung" zurückstellen. Wenn der Staat eine den Betroffenen schützende Maßnahme anordnet, durch die dieser zu Lasten der Interessen Dritter geschützt wird, so muß der Betroffene in Kauf nehmen, daß die Anordnung denjenigen zur Kenntnis gegeben wird, deren Interessen hierdurch berührt werden könnten.

Die Maßnahme muß daher veröffentlicht werden. Die entscheidende Frage für die Bekanntmachung des Entmündigungsbeschlusses ist, zu welchem Zeitpunkt sie erfolgen und mit welchem Effekt sie ausgestaltet sein soll.

Das geltende Recht hat sich in § 687 ZPO für eine öffentliche Bekanntmachung entschieden, die aber - unabhängig

1) vgl. oben S. 84 ff, 130 ff.

vom Eintritt der formellen Bestandskraft des Beschlusses - schon nach dessen Erlaß erfolgen kann.

Die Nachteile einer solchen Form sind evident: diese Form verstößt nicht nur ohne zwingenden Grund gegen den durch die formelle Rechtskraft konkretisierten Grundsatz der Rechtssicherheit¹⁾, sondern der Zeitpunkt der formellen Bekanntmachung ist auch materiell ohne weitergehende Aussage: durch ihn wird weder eine bestandskräftige E "annonciert", noch wird an ein Unterbleiben der Veröffentlichung eine materiell-rechtliche Folge geknüpft, die als Grundlage für einen wirksamen Rechtsverkehrsschutz als "Vertrauenstatbestand" für Dritte dienen könnte.

Um auch den Interessen des Rechtsverkehrs gerecht zu werden, bedarf das künftige Recht einer inhaltlich weitergehenden Bekanntmachung.

Dem geltenden Recht fehlt ein Orientierungspunkt, der gleichzeitig einen Vertrauenstatbestand setzt, von dessen Existenz die materiell-rechtlichen Wirkungen die E für und gegen Dritte abhängen. Aber nur eine Veröffentlichung dieser Art kann den Schutzinteressen des Rechtsverkehrs gerecht werden. De lege ferenda ist daher eine solche Form der Bekanntmachung (Veröffentlichung) vorzuschlagen.

Eine Veröffentlichung dieser Art begründet die unwiderlegbare Vermutung für die Nicht-Voll-GFK des Betroffenen: erst durch die Veröffentlichung wird der gutgläubige auf die GFK vertrauende Rechtsverkehr "bösgläubig" gemacht. Der Eintritt der materiell-rechtlichen Folge für und gegen Dritte ist also Folge der Veröffentlichung: Sie ist konstitutive Voraussetzung für die Drittwirkung der E.

Dieser Vorschlag wird den widerstreitenden Interessen des

1) vgl. oben S. 71 ff.

Betroffenen und des Rechtsverkehrs am ehesten gerecht.

Die Veröffentlichung erfolgt erst nach Rechtskraft des Beschlusses; insofern wird eine voreilige Veröffentlichung verhindert. Dem Rechtsverkehr wird ein wahrnehmbarer Anhaltspunkt gegeben; er kann sich so auf die geänderte Situation einstellen. Erst die Veröffentlichung zerstört das Vertrauen auf die GFK. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der Gutgläubige in seinem Vertrauen geschützt.

Dieser Vorschlag entspricht im wesentlichen Art. 375 ZGB.

Die Neufassung des Art. 493 - 2 c.c., die eine materielle Wirksamkeit gegenüber Dritten für den Fall annimmt, daß die Anordnung der staatlichen Schutzmaßnahmen zwei Monate vorher ordnungsgemäß publiziert wurde, stellt auf die Änderung der rechtlichen Gesamtsituation des Betroffenen Dritten gegenüber bzw. umgekehrt ab. Die materielle Drittwirkung wird hier auf einen später liegenden Zeitpunkt hinausgeschoben, so daß es dem Rechtsverkehr ermöglicht wird, sich auf die geänderte Situation einzustellen. Eine hiermit vergleichbare Regelung empfiehlt sich für den deutschen Gesetzgeber nicht.

Die formelle Rechtskraft des E-Beschlusses als zeitliches Moment des Eintritts der Entmündigungswirkungen inter omnes und die Veröffentlichung mit materieller Drittwirkung sind ausreichender Interessenschutz des Rechtsverkehrs. Ein "Mehr" des Schutzes, das ein Hinausschieben des Eintritts der materiellen Drittwirksamkeit zur Folge hat, würde wiederum den rechtsgeschäftlichen Interessen des Mündels widersprechen. Dieses könnte sich erst später auf die E berufen und außerdem würde diese Art der Veröffentlichung dem vormundschaftlichen Zweckgedanken zuwiderlaufen, da dann der Vormund selbst Geschäfte des Mündels, zu denen er die Zustimmung verweigert hätte, gelten lassen müßte. Die Interessen des Rechtsverkehrs sind durch Begründung eines - wie hier

vorgeschlagenen - Vertrauenstatbestandes hinreichend berücksichtigt; solange dieser nicht gesetzt ist, bleibt der gute Glauben an die Geschäftsfähigkeit des Geschäftspartners garantiert¹⁾.

Es ist Warnung und Orientierung genug zu wissen, daß sich in der gesamtrechtlichen Situation einer Person eine Änderung vollzogen hat. Zwingendes Erfordernis ist aber, daß eine solche Aufklärung überhaupt erfolgt.

2. Art und Weise der Veröffentlichung

Wenn eine Veröffentlichung, wie empfohlen, vom künftigen Gesetzgeber als zwingende Drittwirkungsvoraussetzung der E ins Gesetz aufgenommen werden muß, so muß auch die Art und Weise eingehend bestimmt werden, in der sie erfolgen soll.

Die Bekanntmachung nach § 687 ZPO erfolgt durch Anschlag an die Gerichtstafel des die E aussprechenden Amtsgerichts. In einem solchen Fall aber ist die Kenntnisnahme einer breiteren Öffentlichkeit ausgeschlossen.

Es soll jedoch gerade der Sinn einer Veröffentlichung sein, zum Schutze des Rechtsverkehrs den Kreis der potentiellen Kenntnisnehmenden zu vergrößern, damit ein effektiverer Rechtsverkehrsschutz gewährleistet wird.

a) Register

Von verschiedenen Verfassern²⁾ wurde auf die Möglichkeit der Einrichtung eines E-Registers hingewiesen; die Eintragung sollte den bezweckten Rechtsverkehrsschutz ermöglichen.

Diese Erwägung hat zweifellos für sich, daß ein Register die E "beweist". Dagegen treten aufgrund des register-

1) Unberührt hiervon bleiben die Vorschriften der §§ 104 Ziff. 2, 105 II BGB.

2) v. Aufseß ZZP 58, 134, Brand S. 73, Levis ZBl RG 14, 254, Hedemann § 53 VGB.

näßigen Eintrags keinerlei oder kaum Publikationswirkungen ein, d.h. eine Erklärung an die breite Öffentlichkeit bleibt in der Regel ebenso wie bei einer Veröffentlichung nach § 607 aus. Der Personenkreis, dem das Recht zur Einsichtnahme ins Register zustehen soll, wird außerdem von den einzelnen Verfassern unterschiedlich weit gefaßt. Nach v. Aufseß¹⁾ soll nur derjenige ein Recht auf Einsicht in das E-Register haben, der ein "berechtigtes" Interesse glaubhaft machen kann; dagegen soll nach Hedemann²⁾ und Levis³⁾ dieses Recht immerhin "jedem" zustehen.

Bei einer registernäßigen Bekanntmachung taucht eine weitere Schwierigkeit auf, die im Hinblick auf den Rechtsverkehrsschutz besondere Berücksichtigung verdient: Wer weiß überhaupt von dem Registereintrag. Ist die E erfolgt, wird die Eintragung kurz darauf bzw. nach Rechtskraft des Beschlusses erfolgen. Dieser Vorgang vollzieht sich aber wiederum außerhalb der Kenntnismöglichkeit einer breiteren Öffentlichkeit. Eine Kenntniserlangung wird in der Regel frühestens dann erfolgen, wenn sich der Gegenkontrahent von der Richtigkeit der Erklärung des Entmündigten oder dessen Vormund überzeugen will, also zu einem Zeitpunkt, in dem ein Schaden für den Dritten bereits eingetreten ist. Gerade aber das soll vermieden werden.

Eine registernäßige Bekanntmachung kann allenfalls als Veröffentlichungsmaßnahme neben anderen Bekanntmachungsmöglichkeiten hinzukommen. Als alleinige Schutzmaßnahme für den Rechtsverkehr ist sie unzureichend.

1) ZRP 58, 124 (132).

2) § 53 IV VGB u. Komm. Siebert S. 96.

3) a.a.O.

b) andere Publikationsmöglichkeiten

Die Veröffentlichungswirkung erfolgt erst dadurch, daß es Dritten ermöglicht wird, Kenntnis zu nehmen. Einer registermäßigen Eintragung müßte dann schon zwangsläufig auch der Publikationseffekt gegeben werden.

a.a. Handelsgesetzliche Veröffentlichungsregelung § 10

HGB schreibt zwingend eine unverzügliche öffentliche Bekanntmachung aller Handelsregistereintragungen in einem Blatte nach Eintragung vor (§ 32 HandelsregisterVfG). Unter "Blatt" in diesem Sinne sind insbesondere regionale Tageszeitungen zu verstehen, die am Orte der Handelsniederlassung gelesen werden.

Diese Kombination von Registereintragung und Publikation erweitert so den Kreis der Kenntnisnehmenden.

Nach § 9 HGB ist die Einsicht des Handelsregisters und der zum Handelsregister gehörenden Schriftstücke "jedem" gestattet; regelmäßig machen von dieser Möglichkeit jedoch nur Kaufleute, also Branchenkenner, aber nur im Einzelfall auch interessierte Privatpersonen Gebrauch.

Das ursprünglich auf den Handelsverkehr beschränkte Handelsregister erhält durch die zwingend vorgeschriebene Publikation eine über die bloße Warnfunktion hinausgehende Vertrauensbegründungsfunktion (vgl. § 15 HGB), die aber auch für Nicht-Kaufleute gilt. Unterbleibt die Bekanntmachung der einzutragenden Tatsache, so tritt die materiell-rechtliche Wirkung des § 15 HGB nicht ein, denn das Gesetz fordert kumulativ Eintragung und Veröffentlichung, um Gutgläubigen gegenüber bindend zu sein.

b.b. Regelung der Veröffentlichung in der KO

Anders als das Handelsregister, aber dem Umfange nach mit ähnlichem Effekt, hat sich das Veröffentlichungsgebot der Konkursordnung entschieden.

Zwar kommt § 7 III, § 76 KO, keine materiell-rechtliche

Bedeutung zu, denn durch die Konkurseröffnung treten die Folgen für den Gemeinschuldner (Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkung (vgl. § 3 II KO)) unabhängig von ihrer Veröffentlichung ein¹⁾. Aber die Bekanntmachung hat eine ähnliche Funktion wie bei der nach § 10 HGB - die Kenntnisgabe einer Rechtsänderung zum Zwecke des Drittschutzes²⁾.

Gemeinsam haben beide Publikationen die Art und Weise ihrer Bekanntmachung, nämlich die Einrückung in ein amtliches Mitteilungsblatt (Bundesanzeiger) bzw. in vom Gericht bestimmte Lokalzeitungen³⁾. Der durch die erfolgte Maßnahme potentiell betroffene Dritte erhält so auf einem Wege, den er ohnehin regelmäßig zu seiner täglichen Information einschlägt, Kenntnis von einer Rechtsänderung, die sich außerhalb seines Beobachtungsfeldes vollzogen hat. Damit kann er sein rechtsgeschäftliches Verhalten den veränderten Umständen anpassen.

Dabei ist entscheidendes Kriterium, daß der Dritte von der Rechtsänderung nicht völlig überrascht wird und ihr nicht ungeschützt gegenübersteht. Es wird ihm zumindest die Gelegenheit gegeben, Kenntnis zu nehmen. Auch bei der E muß aus Gründen des Interessenschutzes diese Möglichkeit gegeben werden. Der Rechtsverkehr kann nur dadurch geschützt werden, daß man ihn in Kenntnis setzt.

Dieses könnte im wesentlichen durch folgendes erreicht werden: Nach Rechtskraft eines die GFK beschränkenden Beschlusses mußte dieser durch eine einmalige Einrückung in den vom Gericht bestimmten, am Aufenthaltsort des

1) Jaeger-Weber § 111 Anm. 2.

2) vgl. Hahn, 4. Bd, Materialien zur Konkursordnung Begründung zu § 106 KO, S. 304. "Zur Vermeidung von Kollussionen und Verlusten...für das Publikum ist es von größter Wichtigkeit, die Aufhebung der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners...schleunigst offenkundig zu machen."

3) Baumbach-Duden § 11 c; Jaeger-Weber § 76 Rdnr. 1.

Betroffenen gelesenen Lokalzeitungen bekanntgegeben werden.¹⁾ Daneben ist die Einrichtung eines Entmündigungs-Registers denkbar, wenn auch nicht unbedingt erforderlich. Eine Kombination von Publikation und Eintragung in einem Register hat in Zweifelsfällen den Vorteil, daß durch Vorlage eines Registerauszuges die E bewiesen werden kann.

c. Eintragung im Grundbuch und Handelsregister

Zwingend sollte die Eintragung der Nicht-Voll-GFK im Grundbuch (bei Grundeigentum) und im Handelsregister (bei entsprechenden Voraussetzungen) erfolgen.

a.a. Grundbuch

Nichteintragungsfähig im Grundbuch ist die Beschränkung der Verfügungsbefugnis, die sich aus persönlichen Eigenschaften, z.B. aus der Minderjährigkeit²⁾ ergibt. Natürlich sind Minderjährigkeit und Nicht-GFK bei Minderjährigen nicht einzutragen. Der Minderjährige bleibt ohnehin durch das Gesetz geschützt. Der Gegenkontrahent konnte sich ja, hierzu hätte er wegen der äußeren Erscheinung des Kontrahenten Anlaß gehabt, zu seinem Schutze nach dessen Alter erkundigen. Anders liegt der Fall beim volljährigen Entmündigten: Hier kann der Gegenkontrahent von der GFK ausgehen, und das tut er auch! Obwohl diese äußere Erscheinung des Kontrahenten auf volle GFK, darüber hinaus noch die Eintragung im Grundbuch auf dessen Eigentum und somit auf dessen unbeschränkte Verfügungsbefugnis schließen ließen, muß sich

1) Eine Eintragung in dem einem Bundesanzeiger gleichstehenden amtlichen Mitteilungsblatt empfiehlt sich nur dann, wenn der Entmündigte Geschäftsverbindungen hat, die über den regional begrenzten Raum seines Aufenthaltsgebiets hinausgehen.

2) Horber, GBO, Vor § 13 6 C₆, 227B.

der Gegenkontrahent trotz seiner Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches, der ihn als Erwerber schützen soll, die rechtsgeschäftliche "Minderjährigkeit" des Kontrahenten entgegenhalten lassen. Welche Funktion der öffentliche Glaube des Grundbuches als Rechtsverkehrsschutzvorschrift noch erfüllen soll, wenn solche Ausnahmen gesetzlich zugelassen werden, bleibt gerade in dem hier angesprochenen Zusammenhang unbeantwortet¹⁾. Bei der "rechtsgeschäftlichen" Minderjährigkeit, wie sie bei dem entmündigten Volljährigen vorliegt, liegt die Problematik anders als bei dem Minderjährigen. Bei diesem handelt es sich um eine "natürliche" Minderjährigkeit, beim Entmündigten um eine "rechtsgeschäftliche" Minderjährigkeit kraft hoheitlichen Staatsakts. Insofern ist der Entmündigte vergleichbar mit dem Gemeinschuldner im Konkurs. Auch ihm wird kraft Hoheitsakts die Möglichkeit genommen, sein Vermögen zu verwalten bzw. darüber zu verfügen (§ 6 KO). Diese Verfügungsbeschränkung ist aber nach § 113 KO eintragungsfähig; die Eintragung hat darüber hinaus von Amts wegen zu erfolgen, um einen gutgläubigen Erwerb nach §§ 892, 893 BGB auszuschließen. Was aber bewirkt die E als ebenfalls hoheitlicher Eingriffsakt auf rechtsgeschäftlichem Gebiet nicht, was dagegen nur die Konkurseröffnung erreicht? Bezüglich ihrer verfügungsrechtlichen Situation stehen sich Entmündigter und Gemeinschuldner gleich. Warum dann diese Differenzierung bezüglich der Eintragungsfähigkeit der Verfügungsbeschränkung im Konkurs und der Verfügungsbeschränkung aufgrund E? Sollen durch die Eintragung der Verfügungsbeschränkung nach § 113 KO in erster Linie die Konkursgläubiger vor unberechtigten Verfügungen seitens des Gemeinschuldners und vor Vermögensverlust durch gutgläubigen Erwerb auf der Erwerberseite geschützt werden²⁾, so ist hierdurch stets auch der

1) In dieser Problematik eingehend Nitschke JuS 1968, 541; Lutter AcP 164, 122 ff.

2) vgl. oben S. 228, N.2.

potentielle Erwerber geschützt, denn: ist eingetragen, entnimmt er dem GD die Verfügungsbeschränkung, so wird er auch nicht investieren. Ist dagegen nicht eingetragen, erwirbt er gutgläubig Vollen Eigentum. - Anders aber ist die Sachlage bei den Entmündigungen: hier soll allein der Betroffene geschützt werden, eine Verfügung seinerseits ist auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber unwirksam. Reicht hier allein die Gesetzes- und Rechtslage aus, vor Weiterveräußerung und gutgläubigem Erwerb zu schützen, bedarf es bei Konkurs noch der "Schließung" des GB.

Aber wie unterschiedlich sich dies für Dritte, die sich auf die objektive Aussage des Grundbuches verlassen¹⁾, auswirkt, ist frappant. In dem einen Fall wird Sinn und Zweck des Grundbuches gewahrt, in den anderen seine Funktion durch Ermöglichung dieser einen Ausnahme in Frage gestellt. Ist Zweck des Grundbuches, einen objektiven Vertrauenstatbestand zum Schutze Dritter zu schaffen, so kann dieser Vertrauenstatbestand nicht durch eine E in Frage gestellt werden. Es reicht schon aus, daß Geisteskranke (§ 104 Diff. 2 BGB) den Rechtsverkehr verunsichern und so eine gesetzlich zugelassene Ausnahme vom guten Glauben des Grundbuches schaffen. Bei Entmündigten handelt es sich aber um "erkannt" Nichtgeschäftsfähige. Hieraus müssen sich Konsequenzen für den Rechtsverkehrsschutz ergeben. Es ist daher zum Schutze des Rechtsverkehrs und auch zum Schutze der Grundbuchwahrheit erforderlich, daß auch die Verfügungsbeschränkung infolge staatlich angeordneter Minderjährigkeit (E) ebenso - mit dem gleichen Effekt wie bei Konkurs des Gemeinschuldners - von Amts wegen einzutragen ist.

1) vgl. auch Lutter AcP 164, 122, (124).

bb. Eintragung im Handelsregister

Die Eintragungsfähigkeit der E ins Handelsregister stößt seitens Literatur und Rechtsprechung auf Bedenken. Eintragungsfähig sollen nur Tatsachen sein, die im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind; sie sollen kein lückenloses Bild der Verhältnisse einer eingetragenen Firma und ihres Inhabers geben¹⁾. Nach Baumbach-Duden²⁾ ist eintragungsfähig, "was gesetzlich ausdrücklich angeordnet und was ohne ausdrückliche Vorschrift Sinn und Zweck des Handelsregisters einzutragen fordern".

Diesen sehr positivistisch gehaltenen Auffassungen, die eine Überladung des Handelsregisters mit unwesentlichen und sachfremden Eintragungen verhindern wollen, steht die Notwendigkeit der Kenntnissgabe und des Interessenschutzes Dritter gegenüber. Tritt ein Einzelkaufmann rechtsgeschäftlich auf, so gelten für ihn stets die Vorschriften über Geschäftsfähige: ist er entmündigt, kann er sich weder verpflichten noch haftet er handelsrechtlich, da für ihn der Minderjährigenschutz gilt.

In diesem Falle geht es um die elementare Grundvoraussetzung, die ein Kaufmann im Handelsverkehr mitzubringen hat: die Verpflichtungsfähigkeit; verliert er sie, so ist das im Handelsregister einzutragen.

Darüber hinaus ist interessant, daß gerade die KO (§ 112 KO) zwingend vorschreibt, daß auch dem Handelsregistergericht von Konkurseröffnung - somit von Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners - Mitteilung zu machen ist. Hier gilt das zur Eintragungsfähigkeit der E im GB Gesagte entsprechend (oben).

1) vgl. Dresden JFG 5, 218; RGZ 132, 140.

2) § 8 Anm. 3.

Zusammenfassung

Die Veröffentlichung der E hat nach Rechtskraft des E-Beschlusses in Form einer einmaligen Einrückung in eine vom Gericht bestimmte und am Aufenthaltsort des Entmündigten gelesene Tageszeitung zu erfolgen; nur durch sie wird die E drittwirksam.

Eine Eintragung in Grundbuch und Handelsregister hat von Amts wegen zu erfolgen.

9. Kapitel

Formelle Neugestaltungsvorschläge

Die E ist konkretisierter Fürsorgeschutz, den der Staat dem Volljährigen zukommen läßt, wenn dieser selbst nicht mehr in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbstverantwortlich zu erledigen: Die E ist die Konkretisierung des öffentlichen Interesses zugunsten eines Schutzbedürftigen - sie erfüllt eine öffentliche Aufgabe mit privatrechtlichen Mitteln und Primärwirkung auf privatrechtlichem Gebiet. Dieser Besonderheit ist bei Ordnung des staatlichen Fürsorgeverfahrens verfahrensrechtlich Rechnung zu tragen. Hierbei sind neben einer Einbeziehung der rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien auch die Möglichkeiten eines schnelleren, konzentrierteren und dennoch dem Schutzbedürfnis des Einzelfalles gerecht werdenden Verfahrens zu berücksichtigen. Es ist gerade für diese Fürsorgeverfahren wichtig, eine verfahrensmäßige Flexibilität zu schaffen, die den materiellen Bedürfnissen des Einzelfalles entspricht und dadurch dem Schutzinteresse des Betroffenen gerecht wird.

Die E konkretisiert eine staatliche Fürsorgeverpflichtung.

Rechtsfürsorge in dem hier zugrunde gelegten Sinne beginnt aber nicht erst zu dem Zeitpunkt, in dem ein Eingriff in die Rechtspersönlichkeit notwendig geworden ist, sondern schon dann, wenn sich die ersten Anzeichen einer Fürsorgenotwendigkeit zeigen. Die E und die GPfl. als gerichtliche Fürsorge kommt in allen Fällen zu spät. Das gerichtliche Verfahren begründet erst die Voraussetzungen für einen fremdlenkenden Eingriff für die Zukunft; es ist somit nur Folgenbekämpfung, Ursachenbekämpfung allenfalls in der Weise für die Zukunft weitere Schädigungsmöglichkeiten auszuschalten.

Der Zeitpunkt, in dem sich Fürsorgefall und -notwendigkeit noch im "Früh"stadium befinden, wird weder fürsorge- noch verfahrensmäßig berücksichtigt.

I. Verfahrenseinleitung

Wesentlich und für das gesamte EVR entscheidend ist die Frage, wer berechtigt sein soll, das E-Verfahren in Gang zu setzen. Eine praktische Verwirklichung des durch die E konkretisierten Fürsorgegedankens hängt in erster Linie von einer Reform des Antragsrechts ab.

Entscheidend für ein künftiges EVR ist eine die Zweckverfolgung der E garantierende Verobjektierung des EV; d.h. Ausschluß subjektiver Einflußnahme durch verfahrensfremde Dritte, zu denen auch die Antragsteller nach § 646 I ZPO zu zählen sind. Hierbei muß die Erfassung möglichst aller Betreuungsfälle, Rechtzeitigkeit der Verfahrenseinleitung und Straffung des Verfahrens ohne gleichzeitige Gefährdung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien im Vordergrund stehen.

A. Privates Antragsrecht

Wie schon oben (S. 47 ff.) gezeigt, geht es im Entmündigungsrecht nicht um zur Disposition berechtigende "Ansprüche" Dritter. Es steht hier vielmehr der vom Subjekt losgelöste Anspruch auf Fürsorge im Zentrum des Verfahrens. Das öffentliche Interesse erfordert eine dispositionsfreie Feststellung des gesamten Tatsachenstoffes und ein den Ermittlungen entsprechendes Ergebnis. Es geht hier um die Sache an sich, nicht um die Sache im Verhältnis der Beteiligten zueinander.

Das EVR ist ein Rechtsfürsorgeverfahren, und als solches ein öffentliches Anliegen. Seine privatantragsmäßige Einleitung und die hiermit verbundene Dispositivität

des gesamten Verfahrens stellt einen diametralen Widerspruch zur eigentlichen Zweckverfolgung eines Betreuungsverfahrens dar. Rechtsfürsorgeverfahren und dispositives Antragsrecht sind in diesen Fällen Gegensätze. Die Übernahme eines solchen privaten Antragsrechts in eine künftige Regelung würde diesen Widerspruch aufrechterhalten. Eine so gestaltete Reform würde an die Novelle von 1898 anknüpfen, die nur redaktionelle Veränderungen vornahm, ohne daß sie das Gesetz selbst an die veränderten Umstände anpaßte und die Grundlagen rechtlich und rechtspolitisch überdachte.

Betreuungsrecht ist konkretisiertes öffentliches Interesse, das ein privates Antragsrecht im herkömmlichen Sinne ausschließt.

B. Einleitung von Amts wegen?

Eine Einleitung von Amts wegen käme für eine Neuregelung in Frage (vgl. § 25 I EntmO). Erhält das Gericht Kenntnis vom Vorliegen eines Betreuungsfalles, muß es ein Verfahren einleiten und entsprechende Ermittlungen anstellen.

Der Vorteil einer solchen Regelung ist augenscheinlich: das Gericht ist bezüglich Verfahrenseinleitung, -durchführung und -beendigung nicht an das Vorliegen eines Antrages bzw. seines Vorliegens noch am Ende des Verfahrens gebunden: das Verfahren läuft vielmehr bis zu einer Sachentscheidung ab, die mit dem durch die Einleitung verfolgten Zweck übereinstimmt. Durch die verfahrensrechtliche Möglichkeit kann die Häufigkeit der Betreuungen erheblich gesteigert werden. Dies beweisen die Verfahren bei E wegen GK und GSchw nach österreichischem Recht (§ 25 I EntmO). Danach können Entmündigungen wegen GK und GSchw auch von Amts wegen eingeleitet und bis zu einem Beschluß durchgeführt werden. Denn sollte der auch zulässige Privatantrag zurückgenommen

werden, kann das Verfahren trotzdem von Amts wegen weitergeführt werden¹⁾.

Statistisch²⁾ läßt sich eine 3 - 4fach höher liegende Quote der Entmündigungen wegen GK/GSchw als in der BRD feststellen: Setzt man die E-Häufigkeit mit der wahlberechtigten Bevölkerung in der BRD³⁾ zu der Österreichs⁴⁾ in Beziehung, ergibt sich eine wesentlich höhere Entmündigungshäufigkeit bei GK/GSchw, während die E-Häufigkeit bei TS/V der des bundesdeutschen Durchschnitts weitgehend entspricht⁵⁾.

Bei dieser statistischen Betrachtung ist nicht auszuschließen, daß die größere Häufigkeit der Entmündigungen wegen GK/GSchw in Österreich auf das dortige amtswegige E-Verfahren zurückzuführen ist. Es wird dort im Gegensatz zur deutschen Regelung garantiert, daß ein einmal eingeleitetes Verfahren wegen GK/GSchw in jedem Fall einen Abschluß durch gerichtliche Entscheidung findet.

Allein die Möglichkeit, aufgrund eines Verfahrens von Amts wegen (Einleitung, Durchführung, Beschluß) die Fälle einer tatsächlich bestehenden Betreuungsnotwendigkeit durch gerichtliche Schutzbetreuung zu erfassen, rechtfertigt für sich gesehen ein amtswegiges Verfahren. Bedenken gegen ein ausschließlich solches Verfahren be-

1) Klang-Wentzel/Piegler § 273 ABGB III 3

2)	1966	1967	1968
Volle Entmündigungen	1045	1105	1057
beschränkte Entmündigungen	661	644	641
davon wegen GK/GSchw	601	577	582
Trunksucht	57	60	56
Mißbrauch von Nerven-			
giften	-	-	1
Verschwendung	3	7	2

aus "Beiträge zur österr. Statistik". Herausg.:
Österr. Statistisches Zentralamt, Heft 158 (1966),
Heft 187 (1967), Heft 212 (1968).

3) 38.658.363 Wahlberechtigte bei der BT Wahl (1969).

4) 4.886.534 Wahlberechtigte bei der österr. Bundestagswahl am 6. März 1966. Europa-Archiv III, Z. 56.

5) vgl. o. S. 28 f.

stehen jedoch insoweit, als das Gericht auch hier nur begrenzt vom Vorliegen eines Betreuungsfalles erfährt¹⁾.

Außerdem mangelte es einem solchen Verfahren an Schnelligkeit und Effektivität des Verfahrensablaufes: die ermittelnde Tätigkeit des Richters begänne erst dann, wenn er Kenntnis erlangt hätte. Mit Einleitung des Verfahrens würde so das Rechtsfürsorgeverfahren erst in ein Vorbereitungsstadium treten, das sich, wie es die Praxis erwiesen hat, über Monate hinziehen kann, ohne seinem eigentlichen Betreuungszweck zu entsprechen. Im Interesse des zu Entmündigenden bzw. des zu Bevormundenden sollte versucht werden, das Verfahren zu straffen und zu konzentrieren. Die Aufrechterhaltung eines nach deutschem Recht möglichen einstweiligen Zustandes - wie durch Dehnung der vorläufigen Vormundschaft über Monate hinaus, zwingt dazu, eine Verfahrensform zu finden, die mit dem Antrag dem entscheidenden Richter gleichzeitig Tatsachen vorweist, die nur noch punktuell im Rahmen der Untersuchungsmaxime ergänzt zu werden brauchen. Hierdurch allein kann eine schnellere, konzentriertere und trotzdem sachgerechte Entscheidung möglich werden.

Diese genannten Postulate werden in ihrer Gesamtheit weder durch ein durch ein privates Antragsrecht eingeleitetes noch durch ein von Amts wegen einzuleitendes Gerichtsverfahren erfüllt.

C. Verfahrenseinleitung durch "Publikumsbehörden"

Auf der Suche nach einer möglichst wirksamen Verfahrenseinleitung muß erwogen werden, "Publikums"-Behörden dann

1) Berechtigte man die Antragsteller de lege lata zu Anregungen, würden hierdurch auch nicht unbedingt alle Fälle einer Betreuungsbedürftigkeit erfaßt werden können, zumal die o.g. Bedenken (vgl. o. S. 50 f.) auch bei Anregungen gelten würden.

ein Verfahrenseinleitungsrecht zukommen zu lassen, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis von einem Betreuungsfall erlangen¹⁾. Als Publikumsbehörden kommen Behörden in Frage, die auf Grund ihres täglichen unmittelbaren Kontaktes mit Personen auf bestimmten Gebieten (z. B. Arbeits-, Sozial-, Gesundheitsämter, Staatsanwaltschaft) nicht nur Kenntnis von den behördenbezogenen Anliegen einer Person, sondern auch von deren sozialer Stellung und Verhältnissen haben. Gerade die Ermittlungen des sozialen Hintergrundes sind im E-Recht von Bedeutung ("seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag" - "sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt"). Den Behörden sind gerade diese Gegebenheiten oft schon seit langer Zeit bekannt und bei ihnen bereits aktenkundig geworden. Soll dann - wie es heute der Fall ist - erst abgewartet werden müssen, bis sich ein privater Antragsteller gefunden hat oder muß erst der lange Umweg über eine antragsberechtigte Behörde i. S. v. § 646 I, § 680 V ZPO (§ 69 Abs. 5 JWG) genommen werden, um einem vorhandenen Schutzbedürfnis gerecht zu werden?

Zum Beispiel: das Arbeitsamt

Ein Arbeiter, der wiederholt wegen Unregelmäßigkeiten entlassen werden mußte, die auf Trunksucht zurückzuführen sind, bemüht sich erneut um einen Arbeitsplatz. Das Arbeitsamt, das die Akten des Arbeiters und daneben auch dessen sozialen und familiären Verhältnisse kennt, kann abschätzen, wie lange ein neues Arbeitsverhältnis bestehen wird, wenn sich der Zustand des Alkoholikers nicht ändert. Ist die Familie nahe "der Gefahr des Notstandes", kann aber ein Antragsberechtigter nach gelten-

1) vgl. Jansen, Wandlungen, S. 34.
 Levis ZBl FG 14, 257.
 BeyerDFG 36, 182.

dem Recht also noch nicht eingreifen - wenn er überhaupt tätig würde. Das Arbeitsamt aber kann so, bevor die Sozialbehörde als Antragstellerin de lege lata überhaupt Kenntnis von dem potentiellen Entmündigungsfall erlangt hat, eigene Ermittlungen anstellen. Diese können - bei erneuter Entlassung des Arbeiters wegen T - dem erkennenden Gericht zusammen mit dem Entmündigungsantrag vorgelegt werden. Dies hat zur Folge, daß der Richter innerhalb kürzester Zeit einen Termin zur Anhörung des Betroffenen anberaumen und aufgrund der Aktenlage und des persönlichen Eindrucks eventuell sogar schon eine vorläufige Maßnahme anordnen kann. Heute muß er - und das aber jetzt - erst das schwerfällige Verfahren in Gang setzen und langdauernde Ermittlungen anstellen; er muß sich - und das jetzt - erst die Grundlagen für eine Entscheidung verschaffen.

Zum Beispiel: das Gesundheitsamt

Ein Amtsarzt, der im Rahmen amtsärztlicher Untersuchungen einen Fall von GK (im medizinischen Sinne) feststellt und der die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen, seine soziale Umgebung kennt - erachtet einen (privatrechtlichen) Fürsorgeschutz für notwendig und ausreichend. Er muß einen dann entsprechenden Antrag stellen können, damit die Gefährdung (Selbst- und Drittgefährdung) auf ihre Anfänge beschränkt wird und die E nicht erst - wie es heute der Fall ist - Folgenbekämpfung ist.

Oder noch weitergehend:

Stellt ein freier oder ein Krankenhausarzt an einem kontaktgestörten Junggesellen hochgradige Tabletten- oder Rauschmittelsucht fest, so bleibt diese Erkrankung zunächst nur dem Arzt bekannt. Es muß aber auch hier die Möglichkeit geschaffen werden, dieses Stadium hochgradiger Selbstgefährdung betreuungsrechtlich zu erfassen. Geht man von der Medikamentensucht aus, wird die Staatsanwaltschaft mangels strafbarer Handlung

kaum Kenntnis von ihr erhalten, die Sozialbehörden werden dann erst aufmerksam werden, wenn der Süchtige zu einem Sozialfall geworden ist, sich nicht mehr ernähren kann und das die Nachbarschaft gemeldet hat. Der einzige, der rechtzeitig eingreifen könnte, ist der behandelnde Arzt, der die medizinischen und juristischen Voraussetzungen für eine Betreuungsmaßnahme für gegeben ansieht.

Eine Meldung dieses Falles an das zuständige Gesundheitsamt, damit dieses ermittelt und entsprechende (privatrechtliche) Maßnahmen veranlaßt, verstößt aber nach geltendem Recht gegen die ärztliche Schweigepflicht (§ 300 StGB).

Der Arzt läuft Gefahr, sich strafbar zu machen. Gesetzliche Rechtfertigungsgründe, wie sie die §§ 3,4 I BSeuchenG, §§ 12, 13 GeschlG geben, finden sich hier nicht. Die genannten Vorschriften sollen die Öffentlichkeit in ihrer Gesamtheit schützen, was bei den E-Fällen nicht im gleichen Maße der Fall ist. Es besteht aber ein öffentliches Interesse am Wohl des Betroffenen und ein Schutzbedürfnis eines nicht mehr selbstverantwortlich handelnden Menschen. Der Arzt, der als solcher eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, muß seine Schweigepflicht, deren Wahrung ebenfalls im öffentlichen Interesse steht¹⁾, dann brechen dürfen, wenn ein Schweigen sich sonst als ein Verstoß gegen die eigenen Interessen des Patienten darstellen würde, nämlich dann, wenn dieser eines besonderen Schutzes bedarf.

Darf ein Arzt die Schweigepflicht durchbrechen, wenn er Kindesmißhandlungen feststellt²⁾, also ein schutzwürdiges Interesse des Kindes Grund seines Tuns ist, so muß dies auch möglich sein, wenn schutzwürdige Interessen des Betroffenen auf dem Spiel stehen.

1) Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 34.

2) Kohlhaas NJW 67, 958 (959).

Der Arzt in seiner gesellschaftlichen Stellung muß gerade auf diesem Gebiet stärker als bisher in seiner Verantwortlichkeit für den Patienten gesehen werden. Das bedeutet, wenn er eine öffentliche Aufgabe zu besorgen hat, aus der sich Pflichten gegenüber seinen Patienten ergeben, so kann und darf sich diese Verantwortlichkeit nicht nur auf die Krankenbehandlung beschränken. Sie beinhaltet auch die Verpflichtung, bei Aussichtslosigkeit der Behandlung (z. B. wegen vorhandenem Nihilismus des Patienten und bei gleichzeitiger Unfähigkeit, ohne fürsorgerische Fremdhilfe auskommen zu können), geeignete staatliche Maßnahmen einzuleiten.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Neufassung des französischen E-Rechts, das gerade auch diesen Punkt berücksichtigt hat. Art. 493 Abs. 2 c.c. stellt eine gesetzliche Ausnahme (Gestattung) von der ärztlichen Schweigepflicht i. S. v. Art. 378 Abs. 1 code pénal dar. Das neue französische Betreuungsrecht ermöglicht es so dem "médecin traitant" bzw. dem "directeur de l'établissement", ohne strafrechtliche Bedenken haben zu müssen, eine "protection de la loi" anzuregen. Eine solche gesetzliche Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht ist für ein künftiges Betreuungsrecht unbedingt zu empfehlen. Die vorhandenen gesetzlichen, die durch Rechtspraxis und -lehre entwickelten Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe reichen in den Fällen, in denen eine Betreuungsnotwendigkeit vorliegt, nicht aus, einen Arzt zu einem Bruch der Schweigepflicht zu bewegen. Eine Effektivierung des Betreuungsrechts zwingt aber dazu, den Arzt von dem Konflikt zwischen ärztlicher Schweigepflicht und der Meldung eines Betreuungsfalles freizustellen. Auch hiermit würde ein wesentlicher Schritt zur Verobjektivierung des Verfahrens einerseits und einer frühzeitigen Betreuungsmöglichkeit andererseits getan werden.

Warum soll gerade Behörden die verfahrenseinleitende Aufgabe zukommen?

Wie schon im Vorangegangenen verschiedentlich angedeutet, sollen die Kenntnisse von "Publikums"-Behörden grundsätzlich betreuungsrechtlich verwertet werden können. Darüber hinaus soll zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung dem zuständigen Gericht der Sachverhalt in einer Weise "vorgeprüft" vorliegen, daß es diesen als erste Grundlage einer (vorläufigen) Sachentscheidung ansehen kann. Es ist von folgender Erwägung auszugehen:

Im Strafprozeß ist der Staatsanwalt Herr des Ermittlungsverfahrens¹⁾. Vor Einreichung der Anklageschrift untersucht er den Sachverhalt darauf, ob der Beschuldigte in einem bestimmten Grad tatverdächtig ist²⁾ bzw. bei unmittelbarer Klageerhebung hinreichender Tatverdacht vorliegt³⁾. Das die Anklage vorbereitende Verfahren bezweckt nicht nur eine Schlüssigkeitsprüfung, sondern stellt anhand der angestellten Ermittlungen schon teilweise die Wahrscheinlichkeit des Strafausspruches fest ("bestimmter Grad des Tatverdachts"). Das Strafprozeßrecht schiebt das Ermittlungsverfahren als eine Art "Filter" zwischen Kenntniserlangung von der Straftat und gerichtliches Verfahren, damit nur solche Fälle zur Anklage kommen, bei denen

- a) ein öffentliches Interesse besteht und
- b) ein Strafausspruch "wahrscheinlich" erscheint.

Es wird hier eine Behörde zur Vorprüfung des Sachverhaltes zwischengeschaltet, die sowohl ermittelnde als auch verfahrensvorbereitende Funktion hat.

1) BGHSt 8, 152.

2) Kleinknecht § 170 Anm. 1.

3) Kleinknecht a.a.O., Anm. 2.

Das geltende EVR kennt ebenfalls Behörden, die als Antragsteller eine derartige "vorprüfende" Funktion besitzen: bei GK/GSchw die Staatsanwaltschaft (§ 646 II ZPO) und das Landesjugendamt (§ 69 II JWG)¹⁾, bei T und V die landesgesetzlich vorgesehenen Behörden (§ 68o V ZPO); (Landeswohlfahrtsbehörden in Hessen, Landschaftsverband in Nordrhein-Westfalen (§ 68o V ZPO, § 3 Pr. AG ZPO) .

Sinn dieses Antragsrechts (bzw. des Antragsrechts einer Behörde überhaupt) ist die durch das öffentliche Interesse begründete Verpflichtung, unabhängig von persönlichen Momenten geeignete Schutzmaßnahmen in Gang zu setzen. Entscheidend hierbei ist die Sachbezogenheit der Behörde, die, unabhängig von subjektiven Bedenken und Erwägungen (eines privaten Antragstellers), das Vorliegen gesetzlicher Voraussetzungen im Einzelfall überprüft und konsequent ein entsprechendes Verfahren einleitet.

Die Neutralität der Behörden, ihre Unabhängigkeit gerade von persönlichen Bedenken oder Erwägungen prädestiniert sie, gerade die Rolle des Antragstellers zu übernehmen. Hieraus folgt gleichzeitig eine Vorobjektivierung des Verfahrens.

Kenntnisse der Behörden werden so Grundlage für ein gerichtliches Tätigwerden. Legt die Behörde dem Gericht ihre "Ermittlungs"-Ergebnisse vor, kann das Gericht schon jetzt eine vorläufige Maßnahme anordnen, ohne daß es sich hierbei noch um ein nur summarisches Verfahren (entspr. 19o6 BGB) handelt. Der aufgrund der Vorprüfung durch die Behörde vorliegende Sachstand würde es so jederzeit rechtfertigen, nach noch geltendem Recht einen vorläufigen Vormund zu bestellen.

1) Jens-Happe § 69 JWG, Anm. 13, S. 511, spricht ausdrücklich von einer Vorprüfung des Sachverhalts wegen seiner schwerwiegenden Folgen "... Daß beim Antrag auf E vom Landesjugendamt wie vom Vormundschaftsgericht besonders sorgfältig geprüft wird, ob die E erforderlich ist".

Die materiellen Voraussetzungen sind gegeben, ohne daß sich die formellen logisch daran anschließen würden; dieser Übergang ist im geltenden EVR eher gezwungen als konsequent. Der eigentlich erforderliche, möglichst schnell zu erreichende Fürsorgezweck der E wird durch diesen Umstand noch in weite Ferne gerückt. Die Einleitungsbefugnis der Publikumsbehörden hat den Vorteil, die Sachlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten. Darüber hinaus findet der Grundsatz der Prozeßökonomie ohne Gefährdung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze auch im Betreuungsverfahren Anwendung, wodurch gleichzeitig eine Verfahrensstraffung ermöglicht wird.

D. Alleiniges Antragsrecht einer Fürsorgebehörde Anregungsrecht der Publikumsbehörden

Zwar hat eine Einleitungsbefugnis der Publikumsbehörden die genannten Vorteile, eine wesentliche Voraussetzung für ein wirklich effektives Fürsorgeverfahren fehlt ihr jedoch noch: die der präventiven Rechtsfürsorge. Erachtet eine Publikumsbehörde die Voraussetzungen für eine Betreuung als gegeben und leitet sie ein gerichtliches Verfahren ein, so werden auch solche Fälle erfaßt, die noch ohne gerichtliche Fürsorgemaßnahme mit verhältnismäßigen Mitteln betreut werden könnten. Diese Betreuung könnte beispielsweise durch Einwirkung auf den Betroffenen durch Gruppentherapie, Psychotherapie, soziale Maßnahmen erfolgen.

Um o. g. beide Aufgaben - Betreuung und präventive Rechtsfürsorge - zu erreichen, ist eine Fürsorgebehörde vorzuschlagen, die funktionell zwei Hauptaufgaben erfüllen sollte:

1. Rechtsfürsorge - Koordination aller Betreuungsfälle
2. alleiniges Antragsrecht im o. g. Sinne.

zu 1)

Wie eingangs gesagt, sollen von vornherein Fälle aus-
 geschieden werden, bei denen noch geringere, in die
 Rechtspersönlichkeit des Betroffenen weniger eingrei-
 fende Schutzeingriffe möglich sind. Es ist niemandem ge-
 helfen, schon gar nicht dem Betreuungsbedürftigen selbst,
 wenn er einem Verfahren ausgesetzt wird, dessen Ergebnis
 schon früher mit weit geringerem Zeit-, Kosten- und
 Nervenaufwand möglich war. Dies gilt besonders dann,
 wenn dem Betroffenen die Notwendigkeit einer Fürsorge
 klargemacht werden kann und ihm noch die Möglichkeit
 offengehalten wird, durch eigenes Tätigwerden, durch
 eigene freie Willensentscheidung eine gerichtlich anzu-
 ordnende Maßnahme abzuwenden. Gerade das Moment der be-
 lassenen Freiwilligkeit kann dazu führen, daß sich der
 Betroffene seine Situation klar vor Augen führt und dann
 selbst zu der Erkenntnis gelangt, daß es für ihn besser
 und vorteilhafter ist, durch eigene Anstrengung seine
 Geschäfte wieder selbst in vollem Umfange in die Hand zu
 nehmen.

Es ist ein Element und gleichzeitig eine Maßnahme präven-
 tiven Fürsorgeschutzes, den Willen zur Selbstbestimmung
 durch Stärkung des Selbstvertrauens zu fördern. Dies kann
 nur auf freiwilliger Basis durch Mitarbeit des Betrof-
 fenen selbst geschehen.

Durch eine solche Erfassung des Frühstadiums potentieller
 Betreuungsfälle und durch schon präventive Einwirkung
 könnte eine sonst später sicher notwendig werdende Ent-
 mündigung gänzlich überflüssig werden, d.h. entfallen:
 soweit krankhaft bedingte Ursachen vorliegen, kann ge-
 eignete psychotherapeutische Betreuung bei Psychosen bzw.
 Gruppen-, Sozialtherapie bei kontaktgestörten Süchtigen
 zumindest ein Anfang sein, die einmal gestörte Sozial-
 beziehung wiederherzustellen.

Entsprechendes gilt für einen Verschwender. In diesem
 Fall können ihm die eventuellen Folgen seines Tuns

(die Gefährdung seiner Familie etc.) vor Augen geführt werden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Betroffene selbst um Hilfe bittet, vielleicht als Folge davon, daß ihm eine freie Entscheidung gegeben wurde, und eventuell sogar selbst Vorschläge für eine geeignete Abhilfe macht.

zu 2)

Um alle Fälle einer potentiellen Betreuungsnotwendigkeit erfassen und im Frühstadium befindliche potentielle Betreuungsfälle mit geeigneten Maßnahmen "behandeln" zu können, bedarf es der Koordination aller Fürsorgemaßnahmen durch eine einzige Behörde, der Fürsorgebehörde d.l.f. (FBH). Sie erhält Kenntnis von einem Fürsorgefall, ermittelt vor und entscheidet über die Einleitung eines gerichtlichen Fürsorgeverfahrens oder über die Anordnung einer nichtgerichtlichen Fürsorgemaßnahme. Die FBH koordiniert alle Fälle potentieller Betreuungsnotwendigkeit.

Diese Koordination bezweckt eine sachliche Zuständigkeit einer einzigen Behörde auf dem Gebiet der Erwachsenenfürsorge, die, mit eigenen Entscheidungskompetenzen ausgestattet, für die Anordnung gerichtlicher Fürsorgemaßnahmen aber "Vorschaltstation" ist. In den Fällen, in denen eine Entscheidung ohne Anordnung einer gerichtlichen Fürsorgemaßnahme, d.h. ohne Beschränkung der GFK, möglich ist, entscheidet die FBH selbst und stellt geeignete Mittel sachlicher und persönlicher Art zur Verfügung¹⁾.

Entscheidend ist, daß eine einzige Behörde, die mit Sozialaufgaben betreut ist (z.B. Sozialbehörden der Städte und Kreise, Landeswohlfahrtsverbände), alle auf dem Gebiet der Erwachsenenfürsorge anfallenden Aufgaben

1) Was haushaltspolitisch die Konzentration der Haushaltsmittel auf eine zuständige Behörde bedingen würde, wodurch die Effizienz der Fürsorgemaßnahmen durch Beschaffung geeigneter qualifizierter Kräfte gestärkt würde.

übernimmt und je nach Lage des Falles die geeignetste Maßnahme anordnet oder eine solche einleitet.

Durch Koordination aller Fürsorgefälle auf eine Behörde wird verfahrensmäßig - schon jetzt nach fürsorgerischen Gesichtspunkten ausgerichtet - die "Spreu vom Weizen" getrennt. Auf diese Weise werden Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens nur noch solche Fälle, die mit weniger einschneidenden Mitteln nicht mehr betreut werden können.

Ein weiterer Vorteil einer solchen Koordination der Fürsorgemaßnahmen liegt darin, daß die Behörde diese Aufgaben qua Amtes zu erfüllen hat, wodurch andere Behörden von sachfremden Aufgaben entlastet werden.

Die Koordination ermöglicht Verwirklichung des öffentlichen Fürsorgeinteresses durch eine vom Staat hierzu eingesetzte Behörde (Sozialhilfe - Abt. Erwachsenenfürsorge).

zu 2)

Im Rahmen der (rechts)-fürsorgerischen Tätigkeit obliegt es dieser Behörde, bei Notwendigkeit einer gerichtlichen Fürsorgemaßnahme (GFM) = Beschränkung der GFK einen dahingehenden Antrag beim zuständigen Gericht zu stellen, denn nur dieser Fürsorgebehörde steht ein Antragsrecht zu.

Die FBH ist Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips. Ihre Tätigkeit im Rahmen des öffentlichen Interesses verleiht ihr aber noch keinen subjektiven Anspruch auf Anordnung gerichtlicher Fürsorgemaßnahmen. Da aber nur über die gerichtliche Mitwirkung eine umfassende Verwirklichung der ihr obliegenden öffentlichen Aufgaben möglich ist, muß ihr ein Recht zugewiesen werden, diese gerichtliche Mitwirkung auch zu initiieren. Hat die Behörde kein subjektives Recht im Sinne eines subjektiv-persönlichen Anspruches, so ist dieser Anspruch einem subjektiven aber doch sehr angenähert: Sie hat einen

quasi-subjektiven Anspruch auf Mitwirkung des Gerichts bei den Fürsorgeaufgaben, die ihr anvertraut sind. Dieses Recht bewirkt ein eigenständiges Antragsrecht, beschränkt sich jedoch auf die formelle Seite: das Recht, Mitwirkung verlangen zu können, ist ein subjektives Verfahrensrecht, durch das ein formelles Verfahrenshindernis beseitigt wird, das der Durchsetzung der öffentlichen Aufgabe im Wege stehen würde.

E. Verfahrensgang im einzelnen

Die Fürsorgebehörde stellt diesen Antrag dann, wenn sie Kenntnis von einem Betreuungsfall erlangt hat, ein Fürsorgebedürfnis besteht und eine eigen-fürsorgerische Lösung seitens der FBH nicht mehr möglich ist.

a) Kenntnis vom Vorliegen eines Betreuungsfalls erhält die Behörde auf Anregung hin.

Anregungsberechtigt sind die oben genannten Publikumsbehörden, Staatsanwaltschaft, Träger der Sozialhilfe (§§ 96 ff. BSHG), Pfarreien, auch die Gerichte, die im Rahmen ihrer Tätigkeit von Betreuungsfällen Kenntnis erlangt haben, z.B. das Vormundschaftsgericht in den Fällen des § 1666 BGB. Neben den genannten Behörden sind auch diejenigen anregungsberechtigt, die eine öffentliche Aufgabe i. w. S. wahrnehmen, z. B. Ärzte¹⁾, Psychologen (u. ä.).

Aber mit einem Anregungsrecht der hier genannten Anregungsberechtigten ist auf dem Wege zum umfassenden Fürsorgeschutz wenig geholfen. Um gerade auf diesem Gebiet effektiv zu sein, muß für diese Anregungsberechtigten eine Amtspflicht bestehen, bei Kenntniserlangung vom

1) Hier kommt auch ein mittelbares Anregungsrecht in der Weise in Frage, daß der behandelnde Arzt den Betreuungsfall dem Gesundheitsamt meldet und dieses eine GFM bei der FBH anregt.

Vorliegen eines Betreuungsfalles eine Betreuungsmaßnahme anzuregen.

b) Des weiteren kann eine Anregung durch Private mit berechtigtem Interesse erfolgen¹⁾: hierunter zählen insbesondere die Antragsteller i. S. v. § 646 I ZPO, auch der Arbeitgeber, der Dienstherr.

c) Nicht vergessen werden darf der Betroffene selbst. Er hat einen subjektiven Anspruch auf Fürsorge²⁾ und ist gegenüber der Fürsorgebehörde antragsberechtigt. Damit hat er aber nur einen generellen Anspruch auf fürsorgerischen Schutz, aber keinen Anspruch auf eine bestimmte Maßnahme. Er ist bezüglich der GFM daher nicht antrags-, sondern nur anregungsberechtigt.³⁾

1. Ermittlungstätigkeit der FBH

Publikumsbehörden und FBH haben die Aufgabe, den konkreten Einzelfall materiell vorzuprüfen. Die gesetzlichen Voraussetzungen sollen wahrscheinlich sein, bevor sie verfahrensmäßig tätig werden.

Hat eine Publikumsbehörde das Vorliegen eines Betreuungsfalles für wahrscheinlich gehalten und regt sie bei der FBH eine Fürsorgemaßnahme an, so können die Kenntnisse der anregenden Behörde verwertet und Grundlage für eine teils ergänzende, teils selbst ermittelnde Tätigkeit werden. Je nachdem, welche Publikumsbehörde anregt, werden gewisse Punkte, die für eine Entscheidung von Bedeutung sind, nicht ihrer Wichtigkeit entsprechend berücksichtigt worden sein. Es werden sich z. B. die Feststellungen des Gesundheitsamtes mehr auf den medizinisch-psychiatrischen Sektor beziehen, während

1) Das "berechtigte" Interesse ist nachzuweisen.

2) s. o. S. 207 ff.

3) i. e. s. o. S. 211 f.

die sozialen Verhältnisse ("Angelegenheiten") nicht im gleichen Umfang beurteilt werden können, weil die Aufgaben des Gesundheitsamtes primär auf die Gesundheitsfürsorge beschränkt bleiben. Umgekehrt werden medizinische Aspekte bei Anregung einer Fürsorgemaßnahme für einen Arbeitslosen zunächst vom Arbeitsamt weniger berücksichtigt werden können als etwa die sozialen Verhältnisse.

Die FBH hat daher die Aufgabe, die materielle Vorprüfung des Falles (jeweils ergänzend) sowohl auf die objektiven als auch auf die subjektiven Voraussetzungen zu erstrecken, damit sie ein umfassendes Bild einer potentiellen Betreuungsnotwendigkeit gewinnt. Dies gilt umso mehr, wenn von nicht-behördlicher Seite Anregungen erfolgen. In diesen Fällen wird man sich nicht mit den bloßen Behauptungen der Anregungsberechtigten begnügen dürfen. Im Gegensatz zum geltenden Recht sollen Behauptungen schon in diesem Vorstadium auf ihren tatsächlichen Inhalt überprüft werden können, damit vorläufige Maßnahmen mit einer die GFK beschränkenden Wirkung auf wenigstens teilweise nachgewiesenen Behauptungen basieren. Es ist in allen Fällen der Nachweis eines Fürsorgebedürfnisses zu erbringen, bei Erforderlichkeit einer GFM die Wahrscheinlichkeit ihrer Anordnung zu ermitteln, und zwar

a) durch Erforschung der sozialen Verhältnisse

Diese kann dadurch erfolgen, daß Wohnverhältnisse und soziales Milieu, in dem der Betroffene lebt, Vermögensverhältnisse im allgemeinen und speziellen ermittelt werden. Hierfür kann Auskunft bei anderen Behörden eingeholt werden. Weiterhin sind Gewohnheiten, Familienverhältnisse des Betroffenen Gegenstand dieser Ermittlungen¹⁾.

1) einzuholen wie vergleichsweise bei der Jugendfürsorge.

b) durch Erstellung eines ärztlichen Zeugnisses

Dieses wirft dann kein Problem auf, wenn das Gesundheitsamt oder ein (anregungsberechtigter) Privatarzt eine Betreuung angeregt hat. In diesem Falle werden solche Kenntnisse ausreichen, um diesem Punkt zu entsprechen, zumal sich die Anregungsberechtigten in diesem Falle - im Gegensatz zu § 649 ZPO - sachlich wertungsneutral verhalten werden.

Anders ist es in den Fällen, in denen eine solche ärztliche "Begutachtung" bisher nicht möglich war. Hier bietet es sich an, den Betroffenen in Anwesenheit eines von der FBH bestellten (Fach-)Arztes oder Psychiaters anzuhören.

Unzweifelhaft ist eine solche Begutachtung kein Gutachten i. S. von § 654 ZPO. Es geht zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht darum, das Vorliegen einer psychischen Erkrankung definitiv festzustellen, sondern um die "Wahrscheinlichkeit" ihres Vorliegens zu bejahen. Es ist weiterhin entscheidend, daß eine "Begutachtung" von einem "neutralen" Arzt vorgenommen wird, der private Erwägungen außer Acht läßt. Dadurch wird ein derart fragwürdiges Zeugnis nach Muster von § 649 ZPO ausgeschlossen¹⁾.

Es geht bei der materiellen Vorprüfung einzig darum, eine Betreuung als notwendig und die Anordnung einer gerichtlichen Fürsorgemaßnahme als wahrscheinlich festzustellen: Eine endgültige Feststellung ist dem Gericht vorbehalten.

c) durch Anhörung des Betroffenen

Eine Anhörung des Betroffenen schon zu diesem Zeitpunkt hat zwei Gründe: Zum einen soll dem Betroffenen Gelegenheit gegeben werden, sich zu den vorgebrachten

1) i.e. s. o. S. 58 f.

Tatsachen zu erklären und es sollen von ihm gegenbe-
weisliche Tatsachen benannt werden können. So wird ihm
schon in dieser Lage des Verfahrens "rechtliches" Gehör
gewährt. Es wird so gleichzeitig verhindert, daß der
Betroffene Objekt eines staatlichen "Geheim"verfahrens
wird.

Zum anderen wird eine Anhörung, wird ein persönliches
Gespräch mit dem Betroffenen Rückschlüsse auf dessen
Verständnisfähigkeit, über die Erfolgsaussicht einer
fürsorgerischen Maßnahme ohne gerichtliche Anordnung zu-
lassen.

d) Nach dieser Anhörung durch die FBH entscheidet diese
über ihr weiteres Vorgehen: Sie kann das Verfahren
mangels Voraussetzungen "einstellen" oder eine eigene
Fürsorgemaßnahme anordnen. Von einer Anordnung dieser
Art ist der Betroffene zu unterrichten. Es muß ihm Ge-
legenheit zur Stellungnahme gegeben werden; gegen diese
Anordnung steht ihm die sofortige Beschwerde zu¹⁾.

Liegen die Voraussetzungen einer gerichtlichen Schutz-
betreuung vor und ist eine die GFK beschränkende Maß-
nahme erforderlich und wahrscheinlich, so ist die Be-
hörde verpflichtet, den Antrag auf Anordnung einer ge-
richtlichen Fürsorgemaßnahme zu stellen.

2. Das Verfahren vor dem (Fürsorge=) Vormundschafts- gericht

Aus der Natur des vorgeschlagenen Verfahrensaufbaues
heraus werden dem Vormundschaftsgericht nur noch solche
Fälle vorgelegt, die fürsorgemäßig nicht mehr mit den
Möglichkeiten der FBH gelöst werden können. Da es sich
um einen Eingriff in die Rechtspersönlichkeit des Be-
troffenen handelt, bedarf es hierfür einer gerichtlichen
Überprüfung der gesetzlichen Voraussetzungen.

1) Sofortige Beschwerde i. S. v. § 22 FGG.

Verfahren

Das gerichtliche Verfahren schließt sich unmittelbar an das Vorverfahren der FBH an; es ist mit allen verfahrensrechtlichen Garantien zu versehen, die einen derartigen Eingriff in die Rechtspersönlichkeit rechtsstaatlich absichern.

a.

Entscheidend ist, daß dem Betroffenen die Rechte, die heute schon das EVR vorsieht, belassen bleiben und daß darüber hinaus seine Rechtsposition verstärkt wird, ohne daß hierdurch jedoch der Verfahrensablauf verzögert oder verschleppt werden kann.

Die Anordnung einer die Geschäftsfähigkeit beschränkenden Maßnahme bleibt ausschließlich dem Gericht vorbehalten. Dieses Gericht ist sachlich zuständig für alle Formen staatlicher Rechtsfürsorge.

Das Gericht entscheidet aufgrund der vorliegenden Ermittlungsergebnisse zunächst darüber, ob überhaupt ein Verfahren eingeleitet werden kann/muß. Ist seiner Meinung nach die Sachlage hierfür noch nicht hinreichend geklärt, kann es selbst ergänzende Ermittlungen anstellen. Liegen die Voraussetzungen für eine gerichtliche Fürsorgemaßnahme seiner Ansicht nach nicht vor, weist es die Sache an die FBH zurück, damit diese gegebenenfalls eine geeignete Maßnahme anordnet. Der FBH steht gegen die Ablehnung der Verfahrenseinleitung die sofortige Beschwerde zu.

Ist der Sachverhalt für die Einleitung eines Verfahrens hinreichend geklärt, beraumt das Gericht unverzüglich einen Termin zur mündlichen Verhandlung an (§ 261 ZPO analog - aber nicht länger als 4 Wochen nach Einleitungsverfügung) und bestellt dem Betroffenen von Amts wegen einen Verfahrensbeistand.

Erachtet es das Gericht zur Abwendung einer Gefährdung der Person oder des Vermögens des Betroffenen bzw. dessen Familie für erforderlich, so kann es eine geeignete

vorläufige Maßnahme unter Bestellung eines vorläufigen Beistandes anordnen. In dieser Verfügung ist, soweit noch kein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt war, entweder dieser Termin oder hilfsweise von Amts wegen ein Termin zur Überprüfung der vorläufig angeordneten Maßnahme festzulegen. Der Betroffene ist vorher zu hören.

Gegen die Anordnung einer vorläufigen Maßnahme kann der Betroffene sofortige Beschwerde einlegen, eine weitere sofortige Beschwerde findet nicht statt.

Im einzelnen:

Aus dem Gesagten ergeben sich verfahrensrechtlich erste Änderungen gegenüber dem geltenden Recht.

Das Gericht ist aufgrund des Vorprüfungs-Ergebnisses der FBH nicht gezwungen, das Verfahren einzuleiten, wenn es Zweifel an der Begründetheit des Antrags hat, wenn es nämlich die Voraussetzungen zur Anordnung einer gerichtlichen Betreuungsmaßnahme nicht für gegeben ansieht. Es besteht also solange keine Verfahrenseinleitungsverpflichtung des Gerichts, bis nicht die materiellen Voraussetzungen als "wahrscheinlich" vorliegend erkannt sind. Dagegen ist im geltenden Recht eine Einleitung erforderlich, damit das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen überhaupt erst geprüft werden und dann eine E abgelehnt werden kann (vgl. §§ 653, 663 ZPO).

Nach diesem Vorschlag wird das Verfahren nur in solchen Fällen eingeleitet, in denen ein hoher Grad der "Wahrscheinlichkeit" für die Anordnung einer gerichtlichen Fürsorgebetreuung spricht.

Es erfolgt so schon im vorverfahrensrechtlichen Stadium eine Straffung des Verfahrens, verbunden mit einer erneuten Überprüfung des Sachverhalts und des materiellen Gehalts des Antrags.

Gegen den Beschluß, das Verfahren nicht einzuleiten, steht der FBH sofortige Beschwerde zu. Hierdurch wird gewährleistet, daß das Gericht einen Sachverhalt eingehend überprüft und nicht - vielleicht aus Gründen der Arbeitersparnis - eine Einleitung ablehnt. Denn der FBH muß im Falle der Ablehnung die rechtliche Möglichkeit zustehen, die von ihr vorgelegten Tatsachen erneut überprüfen zu lassen und auf diesem Wege doch eine gerichtliche Fürsorge durchzusetzen.

Das Gericht muß im Falle der Einleitung innerhalb von 4 Wochen nach Verfahrenseinleitung einen Termin zur mündlichen Verhandlung ansetzen (§ 261 ZPO analog¹⁾). Es soll hierdurch ausgeschlossen werden, daß ein einmal eingeleitetes Verfahren in der Schwebe bleibt, ohne daß ein Schritt auf dem Wege zu einer endgültigen Entscheidung getan würde.

Von wichtiger Bedeutung ist es, daß der Standpunkt des Betroffenen, dem es aus Unkenntnis, Aufregung etc. an der Fähigkeit fehlt, sich sachgerecht auszudrücken, durch den Verfahrensbeistand sachgemäß vertreten wird²⁾, daß z. B. Beweisanträge gestellt, Ablehnungsrechte geltend gemacht werden.

Dem Betroffenen ist von Amts wegen ein Verfahrensbeistand zu bestellen.

Hierbei kann es sich um einen Rechtsanwalt oder um den im Rahmen der vorläufigen Anordnung bestellten vorläufigen Beistand handeln. Naheliegender wäre es, einen auf dem Gebiet der Erwachsenenfürsorge Tätigen zu verpflichten, der die Problematik des Falles rechtlich und fürsorgerisch zu beurteilen weiß.

1) entgegen §§ 67o, 618 I ZPO.

2) vgl. o. S. 66 f.

Die Stellung des Verfahrensbeistandes ist vergleichbar mit der eines Rechtsanwaltes in einem nichtstreitigen Verfahren.

Durch die Bestellung des Verfahrensbeistandes wird auch die Verhandlungsführung versachlicht. Es werden keine überflüssigen Anträge gestellt, das Verfahren wird nicht über die Maßen verlängert, nur weil eine Verständigung mit dem Betroffenen über rechtliche oder tatsächliche Fragen erschwert ist.

Wird eine vorläufige Maßnahme angeordnet, muß ein Termin¹⁾ zu ihrer Überprüfung anberaumt werden, soweit kein Termin zu einer mündlichen (Haupt-)Verhandlung anberaumt ist, die die vorläufige Maßnahme durch Anordnung einer endgültigen ersetzt. Entscheidend ist, daß eine Dehnung des Verfahrens nach Einleitung einer vorläufigen Maßnahme, wie sie bei der vorläufigen Vormundschaft d. l. l. möglich ist, ausgeschlossen wird. Es soll nach Ablauf der festgesetzten Zeit eine Überprüfung der gesamten Sachlage von Amts wegen angeordnet werden, damit verhindert wird, daß eine vorläufige Maßnahme weiterbesteht, obwohl ihre Voraussetzungen längst weggefallen sind.

Diese konkrete Terminierung soll gewährleisten, daß eine vorläufige Maßnahme eine vorläufige bleibt (s. o. S. 118 ff.).

Gegen eine erstmalige Anordnung einer vorläufigen Maßnahme ist sofortige Beschwerde möglich. Das GFM-Verfahren ist bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts auszusetzen, denn dessen Entscheidung ist Grundentscheidung. Wird die sofortige Beschwerde zurückgewiesen, werden also die Voraussetzungen für eine gerichtliche Maßnahme als vorliegend bestätigt, läuft das Verfahren vor dem Vormund-

1) Hierzu sind zu laden:
 der Antragsteller,
 der Betroffene und
 sein Verfahrensbeistand.

schaftsgericht bis zur Endentscheidung ab. Erachtet das Beschwerdegericht die Anordnung einer vorläufigen Maßnahme mangels Voraussetzungen als nicht gerechtfertigt, verliert das Verfahren seine Grundlage: Die Sache ist an die FBH zurückzuweisen. Sind die Voraussetzungen zwar gegeben, die Maßnahme ihrer "Höhe" nach aber nicht gerechtfertigt, z. B. vorläufige Pflegschaft statt vorläufiger Vormundschaft, hebt das Beschwerdegericht die angefochtene Maßnahme auf und entscheidet selbst über die sachlich gerechtfertigte. Das Verfahren läuft dann vor dem Vormundschaftsgericht bis zur Anordnung einer Endentscheidung ab.

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist keine weitere Beschwerde möglich. Das Verfahren soll ja aus dem "vorläufigen" Stadium hinaus zu einer endgültigen Entscheidung über die Sache selbst kommen¹⁾.

Zwar wird bei der vorläufigen Maßnahme das Vorliegen eines Fürsorgegrundes nur als wahrscheinlich angesehen, es treten aber schon vorläufig die materiell-rechtlichen Gestaltungsfolgen ein: In diesem Falle ist eine öffentliche Bekanntmachung in das Ermessen des Gerichts zu stellen. Das Gericht muß unter Abwägung der Interessen des Rechtsverkehrs und des Betroffenen die Erforderlichkeit einer Drittwarnung feststellen. Diese wird dann nötig sein, wenn vorläufige Vormundschaft (= vorläufige Nicht-Voll-GFK) angeordnet ist bzw. dann nicht, wenn der Betroffene in eine Anstalt eingewiesen wird (Trinkerheilanstalt u. ä.). In diesem Stand des Verfahrens ist der Zwang, zu einem Verfahrensende zu gelangen, von entscheidender Wichtigkeit, der den durch die Verfahrenseinleitung begründeten verfahrensrechtlichen Schwebezustand beendet.

1) Während des Beschwerdeverfahrens ist ein Termin zur Überprüfung der v. Maßnahme unnötig, da das Beschwerdegericht umfänglich unter Wahrung aller Rechtsgarantien entscheidet.

b)

Bis zum Termin zur mündlichen Verhandlung obliegt es dem Gericht, die vorgelegten Ermittlungsergebnisse im Rahmen der Amtsermittlung zu vervollständigen (vgl. § 653 I 1 ZPO, § 12 FGG).

So kann es die Vorlage von Urkunden, Schriftstücken etc. anordnen, Akten im Rahmen der Amtshilfe anfordern, den Betroffenen, den vorläufigen Beistand bzw. dessen Verfahrensbeistand und die antragstellende FBH darüber hören, ob und welche Beweise sie bezeichnen wollen.

Die Erstellung von Sachverständigengutachten ordnet das Gericht in Fällen von Geistesstörung von Amts wegen an; in Fällen von Suchterkrankungen kann das Gericht von Amts wegen ein Sachverständigengutachten erstellen lassen, das aber auf Antrag eines der Beteiligten hin eingeholt werden muß.

Im einzelnen:

Die umfassende Vorbereitung des Verhandlungstermins erfolgt zum Zwecke der Konzentration des Verfahrens auf möglichst einen einzigen Verhandlungstermin. Der Untersuchungsgrundsatz (§ 653 I ZPO), der auch in diesem Verfahren gilt, erleichtert die Ermittlung über die Schranken eventueller Beteiligtenanträge hinweg auch auf solche Punkte, die dem Gericht wichtig erscheinen.

Schon in diesem Stadium des Verfahrens ordnet das Gericht bei Geistesstörung die Begutachtung durch einen Sachverständigen an (vgl. § 655 ZPO)¹⁾. Das Vorliegen einer Geistesstörung, die bis zu diesem Stand des Verfahrens nur anhand ihrer Äußerungen gegenüber Dritten als gegeben angesehen wurden, muß nun durch entsprechende Fachkräfte auch ihrer Ursache nach festgestellt werden, damit eine Trennung der geistigen Erkrankung von "gesunder Zerstreuung", "Weltfremdheit" u. ä. möglich wird.

1) § 656 I 1 ZPO gilt entspr. - jedoch ohne das Zustimmungserfordernis durch den Antragsteller - (vgl. o. S. 33N.4), ebenso § 656 I, wobei aber nur der Betroffene selbst beschwerdeberechtigt ist.

In den übrigen Fällen einer Suchterkrankung steht es im Ermessen des Gerichts, ein psychiatrisches Gutachten einzuholen, zumal hier eher objektive Kriterien für eine Suchterkrankung sprechen werden als bei Geistesstörung, bei der man anhand objektiver Kriterien allein nicht ohne weiteres auf eine psychiatrische Erkrankung schließen kann. Ein derartiges Gutachten ist aber auf Antrag hin zu erstellen. Es soll so ausgeschlossen werden können, daß eine objektive Wertung die medizinisch-psychiatrische Beurteilung ersetzen kann.

c)

Zur obligatorischen mündlichen Verhandlung sind der Antragsteller, der Betroffene, gegebenenfalls sein vorläufiger Beistand und der Verfahrensbeistand zu laden; andere Personen sind nur im Rahmen einer Beweisaufnahme zu hören.

Die mündliche Verhandlung muß neben der ihr immanenten Mündlichkeit mit weiterer Verfahrenssicherung versehen werden, und zwar mit rechtlichem Gehör, dem Ausschluß der Öffentlichkeit in allen gerichtlichen Fürsorgeverfahren (vgl. § 171 II GVG), der Unmittelbarkeit und Beteiligtenöffentlichkeit bei der Beweisaufnahme.

Im einzelnen:

Während der Betroffene materiell Beteiligter¹⁾ des Verfahrens ist - es geht um seine Geschäftsfähigkeit - und ihm daher auch die materiellen Parteirechte zustehen, ist dagegen die verfahrensgrechtliche Stellung der FBH nicht ganz so eindeutig. Sie nimmt zwar eine öffentliche Aufgabe wahr, die jedoch als solche noch keine materielle Beteiligtenstellung²⁾ begründet.

1) zum Begriff Baur § 12 II

2) vgl. o. S. 34.

Die FBH hat einen nur verfahrensrechtlichen Anspruch auf gerichtliche Mitwirkung in Fürsorgeangelegenheiten. Eine materielle Beteiligung - Verwirklichung der Fürsorgeaufgabe - ist nur mittelbarer Natur. Die FBH ist daher aufgrund formellen Rechts antragsberechtigt und deshalb nur formell Beteiligte am Verfahren.

Neben diesen Beteiligten ist notwendig der Verfahrensbeistand zu laden, der prozeßrechtlich eine einem Rechtsanwalt vergleichbare Position innehat.

In der Verhandlung selbst soll außer den im EVR geltenden Verfahrensmaximen der Grundsatz der Mündlichkeit gelten; als Ausnahme vom Grundsatz der Öffentlichkeit soll diese während der ganzen Verhandlung ausgeschlossen sein (§ 171 GVG d. l. f.)¹⁾. Das Beweisverfahren läuft strengbeweislich ab; damit wird gewährleistet, daß das Beweisverfahren der Überprüfbarkeit der Beteiligten unterliegt: Es gelten somit die Grundsätze der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und der Parteiöffentlichkeit entsprechend, soweit sie dem Untersuchungsgrundsatz nicht widersprechen.

d)

Das Verfahren endet durch Beschluß. Dagegen ist sofortige Beschwerde möglich, wenn es sich um einen eine gerichtliche Fürsorgemaßnahme anordnenden Beschluß handelt: Beschwerdeberechtigt sind der Betroffene und sein Vormund oder Beistand. Beschwerdeberechtigt sind daneben auch Familienangehörige des Betroffenen.

Wird die Betreuungsmaßnahme abgelehnt, steht der FBH die einfache Beschwerde zu.

Das Verfahren vor dem Beschwerdegericht ist wie die mündliche Verhandlung vor dem Vormundschaftsgericht ausgestaltet.

1) vgl. hierzu o. S. 64 ff.

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist eine weitere sofortige Beschwerde nur möglich, wenn eine Verletzung von Rechtsnormen geltend gemacht wird; die Beschwerde hat revisionsähnlichen Charakter (vgl. § 29 FGG).

Eine weitere vierte Instanz, wie sie das EVR der ZPO zuläßt, ist hier ohne große praktische Bedeutung¹⁾. Drei Tatsacheninstanzen und eine Rechtsinstanz verlängern das Verfahren nur unnötig: mit zwei Tatsachen- und einer Rechtsinstanz ist der verfahrensrechtlichen Überprüfbarkeit der Entscheidung ausreichend entsprochen. Insofern wird der Instanzenzug in Fürsorgemaßnahmen dem dreistufigen Instanzenzug anderer Gerichtszweige angeglichen.

e)

Das GFM-Aufhebungsverfahren läuft in vereinfachter Form ab:

Der Antrag auf Aufhebung kann vom Betroffenen, seinem gerichtlich zugeordneten Beistand und dem Antragsteller (FBH) beim Vormundschaftsgericht gestellt werden. Dem Antrag ist bei Geistesstörung ein amtsärztliches Gutachten, bei Suchterkrankungen ein von einem Facharzt auszustellender Nachweis der Heilung oder ein medizinisches Unbedenklichkeitszeugnis beizufügen.

Weiterhin sind die Beweise zu nennen, die eine Wiederherstellung der GFK rechtfertigen würden.

Im einzelnen:

Die mündliche Verhandlung, die zwar im wesentlichen den Verfahren bei Anordnung einer GFM entspricht, in der aber nur der Betroffene, sein Beistand und die FBH zu hören sind, endet mit dem Aufhebungsbeschluß oder der Zurückweisung des Aufhebungsantrages. Gegen beide Maß-

1) vgl. Statistik Nr. 5 S.29.

nahmen ist deshalb die fristgebundene, sofortige Beschwerde möglich, damit das Verfahren im ersten Falle zum Abschluß kommt bzw. im zweiten Fall ein sicherer Rechtszustand erhalten wird.

(Zum weiteren s. o. wie bei der Anordnung).

f)

Der Beschluß wird mit Rechtskraft wirksam. Er ist ebenso wie der die GFM aussprechende Beschluß von Amts wegen im amtlichen Mitteilungsblatt des Aufenthaltsortes des Betroffenen einmalig einzurücken und im Grundbuch und Handelsregister einzutragen, soweit entsprechende Voraussetzungen vorliegen.

Als besondere Form der Aufhebung ist ein Abänderungsverfahren vorzuschlagen, das sowohl die Abänderung der beschränkenden Maßnahme in eine weniger beschränkende wie umgekehrt eine Intensivierung des Schutzes durch Anordnung einer weitergehenden Maßnahme zum Ziele haben kann. Wird Abänderung beantragt, läuft das Verfahren wie bei der Aufhebung mit der Ausnahme ab, daß ein ärztliches Zeugnis nicht vorgelegt werden muß. Ein solches Zeugnis ist erst bei Wiederherstellung der GFK erforderlich.

Wird eine Erweiterung des Schutzes angestrebt, entspricht das Verfahren dem der Anordnung einer GFM. Antragsberechtigt sind die FBH und der Beistand des Betroffenen; der Antrag wird beim Vormundschaftsgericht gestellt (im übrigen wie oben S. 249 ff.).

Es steht im Ermessen des Gerichts, ob es die Maßnahme bestätigen, abändern oder sogar aufheben will; bei einer Abänderung zu ungunsten des Betroffenen müssen die entsprechenden gutachtlichen Voraussetzungen vorliegen.

Gegen einen abändernden Beschluß steht einmalige sofortige Beschwerde zu; die auf den abgeänderten Teil zu beschränken ist.

F. Systematische Stellung des GFV

1. Eine systematische Einordnung des vorgeschlagenen GFV in das System der Verfahrensrechte hängt zunächst davon ab, ob sich das vorgeschlagene GFV wieder in die ZPO eingliedern läßt. Ist das nicht der Fall, so ist zu prüfen, ob sich nicht eine andere Verfahrensart anbietet, die dem GFV nähersteht.

Vergleicht man das GFV mit dem typischen Verfahrensaufbau und -ablauf der ZPO, so zeigen sich erste Unterschiede:

Das GFV wird aufgrund eines Antrages der FBH eingeleitet; dieser Antrag unterscheidet sich vom Klageantrag der ZPO darin, daß Inhalt des Antrags kein (materielles) Recht des Klägers Gegenstand des Verfahrens ist. Vielmehr handelt es sich hier um ein reinformelles Antragsrecht ohne subjektives Recht auf Änderung der Rechtslage.

Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts hängt in Zivilprozeßverfahren von der Höhe des Streitwerts bzw. von ausdrücklicher gesetzlicher Zuweisung ab (§§ 23, 71 GVG), während für das GFV unabhängig davon das Amtsgericht (Vormundschaftsgericht) zuständig sein soll.

Regelmäßig herrscht in der ZPO der Verhandlungssatz, im GFV dagegen die Untersuchungsmaxime.

Als Rechtsbehelfe kommt im GFV sofortige Beschwerde in Frage, bei Zivilurteilen i. d. R. nur Berufung und Revision.

Im Zivilprozeß sind Parteien und Richter an das einmal Entschiedene gebunden. Dagegen ist im GFV eine derartige Bindung auch nach formeller Rechtskraft des Beschlusses aus der Natur des Verfahrens heraus nicht möglich; die Entscheidung ist - auf Antrag hin - jederzeit abänderbar¹⁾.

1) vgl. hierzu auch Sieg S. 94 ff.

Die Öffentlichkeit ist im GFV ausgeschlossen, im Zivilprozeß aber regelmäßig obligatorisch.

Der Richter des GFV ist - im Gegensatz zum Zivilrichter - nicht an das von den Beteiligten Begehrte gebunden.

Die Entscheidung des Rechtsstreits im Zivilverfahren wirkt - soweit es sich um Leistungs- und Feststellungsurteile handelt - regelmäßig nur inter partes, die im GFV ebenso wie die Gestaltungsurteile der ZV, jedoch inter omnes.

Allein diese verfahrensmäßigen Kriterien zeigen, daß das GFV kein Zivilprozeß i. S. d. ZPO ist.

Vergleicht man das GFV mit dem EBV bezüglich seines Aufbaus und Ablaufs, so sind keine wesentlichen Unterschiede zwischen GFV und EBV festzustellen, so daß man daran denken könnte, das GFV an die Stelle des EBV setzen zu können.

Jedoch steht schon das EBV selbst im Widerspruch zum üblichen Zivilprozeßverfahren: Es sollen hier keine Privatrechtsverhältnisse festgestellt, aufrechterhalten oder durchgesetzt werden. Zweck des Verfahrens ist Wiederbegründung der Vormundschaft¹⁾. Es soll kein Streit entschieden werden, sondern das Verfahren soll Fürsorge gewähren²⁾. Durch Entmündigung soll Schutz für die Zukunft ermöglicht, nicht aber - wie im streitigen Zivilprozeß - die Wiederherstellung eines in der Vergangenheit streitig gewordenen Rechtsverhältnisses³⁾ vorgenommen werden.

Im EVR hat keiner der Beteiligten - im Gegensatz zu dem streitigen Zivilverfahren - einen subjektiven Anspruch auf Änderung der Rechtslage⁴⁾.

1) vgl. Wach I S. 52.

2) vgl. Pikart-Henn A I 3, Baur § 1 II 1.

3) Bärmann 15 I 2 f.

4) vgl. oben S. 47 ff.

Das EBV ist seinem Wesen nach nicht Rechtsstreit, sondern Rechtsfürsorgeverfahren.

Das EBV und somit auch das GFV stehen in einem engen Verhältnis zu Vormundschaft und Pflegschaft, die ebenso Rechtsfürsorgesachen regeln, aber trotz ihrer wesensmäßigen Zusammengehörigkeit zur E nicht in der ZPO, sondern wie auch der actus contrarius der E, die Volljährigkeits-erklärung, in der fG geregelt sind.

Die Trennung des EBV von der in der fG geregelten Vormundschaft führt wegen der jeweiligen Eigenständigkeit der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen zu praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten. So kann heute noch die Anordnung der Vormundschaft mit Beschwerde durch 3 Instanzen gezogen werden, während das EV noch in seinen Anfängen steckt¹⁾; so kann heute das Vormundschaftsgericht entgegen dem E-Gericht die Voraussetzungen für eine v.V. als nicht gegeben ansehen²⁾, ohne die Möglichkeit einer Abänderung zu haben. Darüber hinaus bedarf es bei Anordnung einer endgültigen Vormundschaft durch das E-Gericht der Mitteilung der E an das Vormundschaftsgericht.

Die Vergangenheit hat gezeigt, daß eine Trennung der Rechtsfürsorgeangelegenheiten durch Zuweisung zu jeweils verschiedenen Verfahrensarten wenig sinnvoll ist. Es liegt daher nahe, alle Maßnahmen auf dem Gebiet der Erwachsenenfürsorge auf ein hierfür zuständiges Organ zu übertragen. Weil das GFV ebenso wie v.V., Vormundschaft und Pflegschaft Rechtsfürsorgeverfahren und nicht Rechtsstreitigkeiten sind, also ein zivilprozeßfremdes Verfahren, ist vorzuschlagen, das GFV in die Rechtsfürsorgeverfahren der fG einzugliedern und der sachlichen

1) Hw. Müller DRiZ 54, 7.

2) vgl. Jansen § 52 Rdnr. 2; ebenso Bay ObLG Z 34, 146; KGJW 1934, 909; Soergel-Germer § 1906 Rdnr. 3; Staudinger-Engler 1906 Anm. 6. a.A.: BayObLGZ 1963, 91(93); LG Zweibrücken FamRZ 67, 55.

Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zu überweisen.

Der Vorteil dieses Vorschlages ist evident:

Eine sachliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts auf allen Gebieten der Erwachsenenfürsorge vermeidet Umständlichkeiten, die heute durch unterschiedliche Verfahrensgestaltungen bei E und Vormundschaft entstehen. Das Gericht entscheidet über die ihm notwendig erscheinende Maßnahme im Einzelfall, ohne an Entscheidungen des Entmündigungsrichters gebunden zu sein. Ein weiterer Vorteil liegt darin, daß das Vormundschaftsgericht gleichzeitig für Freiheitsentziehungen nach § 1800 BGB zuständig ist. Der mit der Anordnung einer GFM befaßte Richter kann gegebenenfalls so auch gleichzeitig eine Freiheitsentziehung verfügen, wenn die Voraussetzungen des § 1800 II BGB vorliegen.

Vom Blickwinkel der Effektivierung einer gerichtlichen Fürsorge aus bietet sich das fG-Verfahren geradezu an.

Bedenken an einer Übernahme des GFV in das FGG bestehen insoweit, als der Gesetzgeber das EVR gerade wegen einer größeren verfahrensrechtlichen Garantie der ZPO unterstellt hat. Würde eine solche Garantie bei einer Übernahme des GFV in das FGG nicht mehr im gleichen Umfange gewährleistet sein, bedeutete dies einen "Rückschritt" auf dem Weg zu einem wirksamen, schnellen, flexiblen und doch rechtsstaatlich abgesicherten Verfahren. Um diesen Rückschritt gegebenenfalls zu vermeiden, müßten bei einer Neugestaltung des EVR (GFV) entsprechende Vorschriften in das FGG aufgenommen werden, die diese Rechte, die der Gesetzgeber dem EVR gegeben hat, auch weiterhin garantieren.

2. Geltung von Verfahrensgrundsätzen im GFV

a) Rechtliches Gehör

Die Geltung des Prinzips des rechtlichen Gehörs, das ungeschrieben für alle Verfahrensordnungen gilt¹⁾, war für das Recht der fG lange umstritten. Schlegelberger²⁾ verneint eine Geltung dieses Grundsatzes, weil das FGG kein solches allgemeines Recht kenne; die Gewähr rechtlichen Gehörs sei allenfalls in das Ermessen des Richters gestellt³⁾.

Gegen Schlegelberger wurde mit Recht auf die umfassende Bedeutung des Art. 103 I GG hingewiesen⁴⁾; das Prinzip rechtlichen Gehörs gilt auch für das FGG⁵⁾ und ist, soweit Lücken vorhanden sind, direkt anzuwenden⁶⁾.

Dieser Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist auf materiell und formell Beteiligte anzuwenden: die Beteiligten-eigenschaft allein reicht aus, dieses Recht zu begründen; das Recht des Betroffenen, im GFV gehört zu werden, ist im fG gewährleistet.

Dagegen werden mittelbar materiell Beteiligte von der Entscheidung betroffen, ohne ein originäres Recht auf Gehör zu haben; dies gilt besonders für die Familie des Betroffenen. Dieses ist ihnen aber in Form der Anhörung zu gewähren⁷⁾.

b) Mündlichkeit und Unmittelbarkeit als Verfahrensmaximen des EBV

Die mündliche Verhandlung ist im EBV freigestellt⁸⁾; das

1) Maunz-Dürig-Herzog Art. 103 Rdnr. 5 u. 6.

2) § 12 Rdnr. 19; dsogl. Bay OBLGZ 19, 299 (300).

3) so auch BGH NJW 1953, 1587.

4) KG NJW 53, 1659; Baur § 19 III 1 a; Habscheid § 19 IV 1.

5) BVerfGE 19, 49 (51) BGHZ 35, 1 (9).

6) Bärman § 17 III 2 b.

7) vgl. o. S. 43 f.

8) Thomas-Putzo § 653 I.

Verfahren der FG kennt ebenfalls keine notwendige mündliche Verhandlung¹⁾. Es gibt auch keine Vorschriften darüber, wie sich der Richter die Grundlage der Entscheidung beschafft, die für die Entscheidung von Wichtigkeit ist.

Gerade im GFV ist die Mündlichkeit von besonderer Wichtigkeit. Es geht um die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen: Erkenntnisse und Ermittlungen des Gerichts müssen den Beteiligten, insbesondere dem Betroffenen, zur Kenntnis gebracht werden, damit er die Möglichkeit erhält, sich zu den einzelnen Tatsachen zu äußern.

Wichtig ist, daß der Sachverhalt in seiner gesamten Komplexität dargelegt wird, was am besten in einer mündlichen Verhandlung geschieht. Hier ist nicht der Mündlichkeitsgrundsatz der ZPO in dem beschränkten Umfang zugrunde zu legen, daß nur das von den Parteien Vorgebrachte Grundlage der Entscheidung sein darf, Entscheidungsgrundlage ist daneben noch der gesamte Akteninhalt²⁾. Entscheidungsgrundlagen müssen vom Gericht und den Beteiligten gemeinsam beschafft werden: Auf diese Weise erfolgt gleichzeitig eine wichtige Kontrolle des Gerichts von den Beteiligten und eine Beschleunigung des Verfahrens selbst.

Das FGG hat bei einer Einfügung des GFV dem Prinzip der Mündlichkeit Rechnung zu tragen.

c) Beweisverfahren

Probleme wirft das Beweisverfahren des FGG bezüglich seiner Anwendbarkeit auf das GFV auf.

Nach § 15 FGG finden die Vorschriften der ZPO über Augenscheins-, Zeugen- und Sachverständigenbeweis entsprechende Anwendung, wobei eine Anwendbarkeit der Grundsätze der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweisaufnahme (§ 355 ZPO) und Parteiöffentlichkeit (§ 357 ZPO) nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Eine Geltung des

1) BayObLG NJW 61, 270; Schlegelberger D I 5, Baur § 16 IV;

Habscheid § 19 III 1 a bejaht sie für "streitige" FG-Sachen.

2) So auch Jansen Vorbem. §§ 8-18 Rdnr. 28.

Prinzips der Unmittelbarkeit und Beteiligtenöffentlichkeit hängt davon ab, ob das Gericht seine Ermittlungen im Wege des Freibeweises oder des Strengbeweises veranstaltet: Nur wenn die Beweise aufgrund strengbeweislichen Verfahrens erhoben werden, kommt eine Geltung dieser beweisrechtlichen Prinzipien in Frage¹⁾.

Der Freibeweis, der im fG-Verfahren die Regel ist²⁾, unterscheidet sich vom Strengbeweis darin, daß er nicht den Verfahrensgarantien des Strengbeweises unterliegt und auch mit anderen Beweismitteln als denen des Strengbeweises geführt werden kann³⁾. Es sollte dem Gericht freigestellt bleiben, wie es zu seiner Überzeugung kommen will.

Für die fG ist Strengbeweis nur dann erforderlich, wenn eine bessere Sachverhaltsaufklärung als bei freiem Beweisverfahren⁴⁾ zu erwarten ist. Ob diese zu erwarten ist, hierüber entscheidet der Richter nach freiem Ermessen⁵⁾, m.a.W.: Das Gericht darf auch ein förmliches Beweisverfahren nach den Vorschriften der ZPO veranstalten⁶⁾. Unmittelbarkeit und Parteiöffentlichkeit hängen somit von der Art der Beweisschaffung ab.

In der fG sind grundsätzlich Streng- und Freibeweis nebeneinander möglich; dem Richter steht bezüglich der Wahl der Beweisbeschaffung ein Verfahrensermessen zu⁷⁾. Es ist ein Privileg des fG-Richters, diese Ermessensentscheidung ausüben zu können. Dieses kann aber nicht so weit gehen, daß hierdurch andere wichtige Grundsätze, die dem Schutz der Beteiligten dienen, eingeschränkt werden.

1) Jansen, Wandlungen S. 34; Jansen § 15 Rdnr. 5; Keidel-Winkler § 15 Rdnr. 5.

2) So Habscheid § 21 II 1 ; a.A. Jansen, Wandlungen, S. 33 N. 82, wonach diese Auffassung nicht der Rechtswirklichkeit entspreche.

3) Blomeyer § 66 II 3.

4) Bärman § 16 III, Peters S. 74.

5) KG NJW 1961, 2066; RGZ 63, 277; KGRJA 4, 1; BayObLG 31, 283 bzgl. Parteiöffentlichkeit.

6) auch Jansen, Wandlungen, S. 30.

7) Keidel-Winkler § 12 Rdnr. 30.

Will man aber das GFV in das FGG übernehmen, kann es nicht dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, auf welchem nicht nachvollziehbaren Wege er die entscheidungserheblichen Tatsachen sammelt. Nur eine eindeutige gesetzliche Regelung kann hier eine Ausübung richterlichen Ermessens auf diesem Gebiet ausschalten. Die ZPO hat sich auch für das EVR für den Strengbeweis entschieden, wodurch eine Ermittlung aller erheblichen Tatsachen garantiert wird. Ein freibeweisliches Verfahren muß sich im Rahmen der GFV auf die verfahrensleitenden Anordnungen beschränken. Nur eine förmliche Beweiserhebung bietet die Gewähr dafür, daß das Beweisverfahren der Kontrolle der Beteiligten zugänglich gemacht wird und daß dem Beteiligten Gelegenheit gegeben wird, sich zu den erhobenen Beweisen zu äußern.

Das Gesetz muß daher ausdrücklich vorsehen, daß das Beweisverfahren den Regeln des Strengbeweises unterliegt, damit die Grundsätze der Unmittelbarkeit und der Beteiligtenöffentlichkeit gewährleistet bleiben, womit gleichzeitig eine Garantie des rechtlichen Gehörs im Beweisverfahren verbunden ist.

3. Praktische Realisierbarkeit des vorgeschlagenen GFV

Im vergangenen wurde versucht, materiell und formell eine Regelung zu entwerfen, die den Erfordernissen eines wirksamen Betreuungsrechts gerecht wird.

Allein mit einer gesetzlichen Neugestaltung ist wenig geholfen, wenn nicht die Voraussetzungen für eine praktische Realisierbarkeit auf sozialem und rechtspolitischen Gebiet kritisch mitüberprüft bzw. neu geschaffen werden.

Vorbedingungen für die praktische Verwirklichung dieser Vorschläge sind neben organisatorischen Änderungen (Errichtung einer Fürsorgebehörde im oben genannten

Sinne), auch Verbesserungen derart, daß geeignete Mittel sachlicher (Heilstätten, Pflegeheime) und personeller Art (Fachärzte, pflegerisches Personal) zur Verfügung gestellt werden.

Hierbei ist von besonderer Wichtigkeit, daß die Stellung des Vormundes, wie sie das Gesetz für Volljährige vorsieht, auf ihre fürsorgerische Wirksamkeit hin überprüft wird, damit sie gegebenenfalls verbessert werden kann.

Der Vormund nimmt aufgrund seiner Bestellung eine staatliche Fürsorgeaufgabe wahr; der Staat hat also einen Teil seiner Verpflichtungen, die ihm dem Betroffenen gegenüber auferlegt sind, auf eine Privatperson delegiert, die an seiner Stelle im Rahmen vorgegebener Gesetze handelt. Die Übernahme dieser Aufgabe hat das Gesetz als bürgerliche Ehrenpflicht ausgestaltet: es kann jedermann unter den Voraussetzungen der §§ 1774 ff. BGB verpflichtet, ja sogar hierzu gezwungen werden, es sei denn, er führt wichtige Gründe an, die eine Übernahme der Vormundschaft ausschließen (§ 1785 BGB).

Von seiner Bestellung an haftet der Vormund dem Mündel für Schäden, die aufgrund seiner Pflichtverletzung schuldhaft verursacht wurden (§ 1833 BGB).

Einerseits "zwingt" also der Staat dem Vormund eine Aufgabe auf, die dieser gerade wegen dieses Zwanges häufig nur mit Widerwillen übernimmt und sich deshalb nur ungern um die Angelegenheiten des Mündels kümmert, andererseits wird er schadensersatzpflichtig, wenn er schuldhaft die ihm aufoktroyierten Pflichten verletzt. Es sollen die sich stellenden Probleme nur kurz aufgezeigt werden, obwohl hier eine eingehende Diskussion von Wichtigkeit ist, den Komplex in seiner Gesamtheit zu erfassen. Wenn der Staat schon seine fürsorgerischen Maßnahmen auf Privatpersonen überträgt, diese also öffentliche Aufgaben erfüllen, ist es nicht einzusehen, daß eine Haftung

aufgrund eines gesetzlichen Schuldverhältnisses familienrechtlicher Art¹⁾ (§ 1833 BGB) begründet wird. Der Vormund, der neben eigenen Pflichten noch die ihm von staatlicher Seite her "aufgezwungenen" zu erledigen hat, muß sich bei jedem Tun oder Unterlassen überlegen, ob und inwieweit er damit eine Pflichtverletzung begehen könnte. Die Entscheidungsfreiheit und -freudigkeit des Vormundes wird so gelähmt, was sich nicht nur negativ auf die ihm gestellte Aufgabe, sondern auch auf sein Verhältnis zu seinem Mündel auswirken kann. Wenn der Staat schon seine Aufgaben auf Private delegiert, dann sollte er auch die Voraussetzungen dafür schaffen, daß der Vormund von möglichen Pflichtverletzungen wenigstens leicht fahrlässiger Art enthaftet werden kann. Aus diesem Grund wäre daran zu denken, auf den privaten Vormund die Vorschriften über Amtshaftung nach § 839 BGB Art. 34 GG entsprechend anzuwenden.

Weiterhin besteht gerade bei der Vormundschaft über Volljährige eine Besonderheit: der Vormund hat es i. d. R. mit psychisch Erkrankten zu tun. Es werden somit besonders hohe Anforderungen auf dem Gebiete der Menschenführung gestellt, denen aber nur wenige Personen entsprechen können. Sie haben regelmäßig nicht die Qualifikation, die ein derartiger Fürsorgefall erfordert. Gerade eine Betreuung dieser Menschen bedarf verantwortlicher Hilfe durch Personen mit intensiver Ausbildung auf medizinisch-psychiatrischem wie auch auf dem sozialen Sektor: solange diese Voraussetzungen nicht geschaffen sind, wird eine Betreuung Volljähriger stets nur Schutzcharakter in dem Sinne behalten, daß der Betroffene durch Vormundschaft vor weiterer, i. d. R. nur rechtsgeschäftlicher Eigenschädigung geschützt wird. Es wird ihm aber gerade aufgrund der Vormundschaft und der hierdurch ermöglichten sachgerechten Personensorge und Fürsorge nicht die

1) BGH Z 17, 108 (116).

Möglichkeit gegeben, seine Angelegenheiten eines Tages wieder selbstverantwortlich zu erledigen. Um den gesetzlichen Voraussetzungen auch den Erfolg praktischer Verwirklichung zu garantieren, ist daher eine Berufsvormundschaft als neuer Sozialberuf vorzuschlagen.

Mit dieser Arbeit sollte versucht werden, Anregungen zur Neugestaltung eines geeigneten Fürsorgeverfahrens zu geben, das den Anforderungen des täglichen Lebens gerecht wird. Es wird aber noch mannigfacher Überlegungen bedürfen, um einen solchen Vorschlag in die Praxis umsetzen zu können. Bei seiner Verwirklichung wird man sich dabei stets bewußt sein müssen, daß Gesetze zwar das tägliche Leben, die soziale Umwelt des einzelnen mitprägen und mitformen, daß aber gerade hier mehr als auf anderen Rechtsgebieten vorhandene soziale Gegebenheiten einen größeren Einfluß auf das Gesetz haben, die zu einer größeren Flexibilität des Gesetzes verpflichten und bedingt hierdurch der Rechtsprechung mehr Entscheidungsspielraum bezüglich der Einzelfallgestaltung belassen müssen. Nur auf diese Weise wird das Gesetz auch auf längere Dauer Erfordernissen des täglichen Lebens gerecht und nur so wird ein notwendiger Eingriff mit verhältnismäßigen Mitteln garantiert werden können. Das Gesetz dient so dem Wohle der Menschen, die seines besonderen Schutzes bedürfen, und gewährleistet die Rechtssicherheit, die es zu geben verpflichtet ist, allen durch die Anordnung einer staatlichen Schutzmaßnahme Betroffenen, dem zu Betreuenden, seiner Familie, seinem Beistand und dem Rechtsverkehr.

Kapitel 10

I. Materieller Gesetzesvorschlag

§ 1

1. Wer infolge psychischer Störungen, Suchterkrankungen oder Verschwendung unfähig ist, für sich oder seine Angelegenheiten selbstverantwortlich zu sorgen oder sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt oder die Sicherheit anderer gefährdet, kann unter besonderen Fürsorgeschutz des Staates gestellt werden.
2. Besonderer Fürsorgeschutz i. S. v. Abs. 1 kann durch Anordnung einer Vormundschaft oder einer Beistandschaft gewährt werden.

Wer unter Vormundschaft steht, ist in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt. Der unter Beistandschaft Stehende ist in den dem Beistand zugewiesenen Geschäften beschränkt geschäftsfähig.

Das Gericht hat die Schutzmaßnahme den Erfordernissen des Einzelfalles anzupassen. Es kann dem Betroffenen insbes. einen Teil seiner Angelegenheiten zur selbstverantwortlichen Erledigung belassen.

3. Wer infolge von körperlichen Gebrechen seine Angelegenheiten nicht zu erledigen vermag, kann einen Beistand erhalten.
4. Die gerichtliche Schutzmaßnahme ist aufzuheben, wenn der sie begründende Umstand weggefallen ist.

§ 2

Die Anordnung einer gerichtlichen Schutzmaßnahme wird mit der Veröffentlichung wirksam.

Das gleiche gilt für die Aufhebung.

II. Formeller Gesetzesvorschlag

§ 1

1. Die Anordnung einer gerichtlichen Fürsorgemaßnahme erfolgt durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts.
2. Ausschließlich zuständig für die Anordnung einer gerichtlichen Fürsorgemaßnahme ist das Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk der Betroffene seinen Aufenthalt hat.
3. Tritt nach Einleitung des Verfahrens ein Wechsel im Aufenthalt des Betroffenen ein, so kann die Sache an das Vormundschaftsgericht des Bezirks überwiesen werden, in dem der Betroffene nun seinen Aufenthalt hat.

§ 2

1. Die Anordnung einer gerichtlichen Fürsorgemaßnahme erfolgt auf Antrag der Fürsorgebehörde des Bezirks, in dem der Betroffene seinen Aufenthalt hat.

2. Die Fürsorgebehörde ist verpflichtet, den Antrag beim zuständigen Fürsorgegericht zu stellen, wenn sie von einem Betreuungsfall Kenntnis erlangt hat und eine gerichtliche Betreuungsmaßnahme für erforderlich und ihre Anordnung als wahrscheinlich erachtet.
3. Dem Antrag sind die ihn begründenden Beweise beizufügen.
4. Eine Rücknahme des Antrags ist ausgeschlossen.

§ 3

1. Das Vormundschaftsgericht hat unverzüglich einen Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Das Gericht ordnet dem Betroffenen einen Verfahrensbeistand zu. Dem Betroffenen ist Gelegenheit zur Bezeichnung von Beweismitteln zu geben.

§ 4

Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen und die ihm geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.

§ 5

1. Zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person, des Vermögens oder der Familie des Betroffenen kann das Gericht eine vorläufige gerichtliche Fürsorgemaßnahme anordnen. In der Anordnung ist ein Termin zu bestimmen, in dem die Maßnahme überprüft wird. Das Gericht ordnet dem Betroffenen von Amts wegen einen vorläufigen Beistand zu.

2. Gegen die Anordnung einer vorläufigen Maßnahme steht dem Betroffenen sofortige Beschwerde zu. Legt der Betroffene Beschwerde ein, so ist bis zur Entscheidung über diese Beschwerde das Verfahren auszusetzen.
3. Das Gericht kann die Veröffentlichung der vorläufigen Maßnahme anordnen.

§ 6

1. In der mündlichen Verhandlung sind der Antragsteller und der Betroffene zu hören.
Erachtet es das Gericht für sachdienlich, so kann es die Anhörung der Angehörigen des Betroffenen anordnen.
2. Dem Betroffenen ist Gelegenheit zu geben, sich zu dem vorliegenden Ermittlungsergebnis zu äußern.
3. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über den Beweis durch Augenschein, durch Zeugen und Sachverständige und über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden finden entsprechende Anwendung. Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Vormundschaftsgericht. Den Beteiligten ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen und Fragen zu stellen.

§ 7

1. Eine gerichtliche Fürsorgemaßnahme darf in Fällen psychischer Störung nur angeordnet werden, wenn das Gericht einen Sachverständigen gehört hat. Das Gericht kann die Erstellung eines Sachverständigengutachtens in Fällen einer Suchterkrankung anordnen. Es ist zu erstellen, wenn einer der Beteiligten es beantragt.

2. Zum Zwecke der Erstellung des Gutachtens kann das Gericht eine Unterbringung zur Beobachtung in einer Heilanstalt anordnen; die Unterbringung darf nicht länger als sechs Wochen betragen.
3. Gegen den die Unterbringung anordnenden Beschluß steht dem Betroffenen und der Fürsorgebehörde die sofortige Beschwerde zu. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung.

§ 8

Die Verhandlung ist nicht-öffentlich.

§ 9

Wird eine gerichtliche Fürsorgemaßnahme angeordnet, so hat das Gericht dem Betroffenen von Amts wegen einen Beistand zu bestellen.

§ 10

Erachtet das Gericht aufgrund eigener Ermittlungen die Voraussetzungen einer gerichtlichen Fürsorgemaßnahme nicht gegeben, so ist der Antrag abzuweisen. Gegen diese Verfügung steht der Fürsorgebehörde die sofortige Beschwerde zu.

§ 11

1. Gegen den eine gerichtliche Fürsorgemaßnahme aussprechenden Beschluß findet sofortige Beschwerde statt.

2. Beschwerdeberechtigt sind der Betroffene, sein Beistand und die FBH.
3. Für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht finden die Vorschriften über den Amtsermittlungsgrundsatz und die mündliche Verhandlung entsprechende Anwendung.

§ 12

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist, wenn sie auf Verletzung des Rechts beruht, sofortige weitere Beschwerde möglich.

§ 13

Die Maßnahme wird mit Rechtskraft des Beschlusses und seiner Veröffentlichung wirksam.

§ 14

Die Kosten des Verfahrens trägt die Staatskasse, wenn sich die Kostentragung für den Betroffenen als eine unbillige Härte erweisen würde.

§ 15

1. Der Betroffene, sein Beistand und die FBH können den Antrag auf Aufhebung bzw. Abänderung der Maßnahme stellen.
2. Es gelten die Vorschriften über die Amtsermittlung und die mündliche Verhandlung entsprechend.

§ 16

1. Wird Aufhebung beantragt, so ist dem Antrag ein Gutachten eines beamteten Arztes oder Sachverständigen beizufügen.
2. Wird Abänderung mit dem Ziel beantragt, dem Betroffenen eine stärker in seine Geschäftsfähigkeit eingreifende Maßnahme anzuordnen, gelten die Vorschriften über die Bestellung einer gerichtlichen Fürsorge-
maßnahme entsprechend.

§ 17

Im übrigen gelten die Vorschriften des GF-Verfahrens entsprechend.

Aufhebung und Abänderung sind nach Rechtskraft des Beschlusses zu veröffentlichen.

Lebenslauf

Am 8. Februar 1945 wurde ich als dritter Sohn des Pfarrers Lic. theol. Hermann Sauer und dessen Ehefrau, geb. Widmaier, in Hofgeismar/ Hessen geboren.

Eingeschult wurde ich 1951 in Geisenheim /Rheingau, wo ich 1955 die Aufnahmeprüfung an der dortigen Rheingauschule bestand. 1959 verstarb mein Vater. Im Februar 1965 legte ich mein Abitur in Geisenheim ab. Im Sommersemester 1965 nahm ich mein Studium an der Philipps-Universität Marburg auf. Zunächst war ich zwei Semester in den Fächern Soziologie und Politische Wissenschaften eingeschrieben, wechselte mit dem Sommersemester 1966 das Studienfach. Von diesem Zeitpunkt an studierte ich Rechtswissenschaften bis zur Absolvierung meiner ersten juristischen Staatsprüfung im Juli 1970.

In der Zeit von Oktober 1970 bis März 1973 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Fachbereich Rechtswissenschaften in Marburg tätig. Von 1972 bis 1974 war ich Referendar im Dienste des Landes Hessen. Das Assessorexamen bestand ich im September 1974.

